فكـــرة العقـــود المدنيـــة
الناشئـــة عـــن
الإنجـــاب الصناعـــى

تأليف

دكتور

سعيد سعد عبدالسلام

أستاذ القانون المدنى

ووكيل كلية الحقوق - جامعة المنوفية

رئيس محكمة سابقاً


بسم الله الرحمن الرحيم

مقدمة

لقد أفرز القرن العشرين والحادي والعشرين حاليا معطيات علميه حديثة ، ثبت من التجارب أنها فرضت نفسها علي الواقع العملي . وسبب ذلك يرجع إلي التقنيات الحديثة التي ظهرت في عالم المتغيرات . وقد تأثرت معتقدات الناس العلمية بهذه الإكتشافات الخطيره وخاصه في مجال الإنجاب الصناعي بصفه عامه . بعد أن أصبح تغيير الجنس وزراعة الأعضاء واقع في الحياة العملية . فهذا التقدم البيولوجي يكمن في شهوة رجال العلم في الإكتشافات الحديثة متحدين الإرادة البشرية . وأخص المشكلات الحديثة التي يرتكز عليها هذا البحث هو فكرة العقود المدنية التي تنشأ من هذا النظام الحديث في مجال زراعة الأجنة . فظهور فكرة طفل الأنابيب أسعد الكثير من البشر الذين يعانون عيوب خلقية تمنعهم من الإنجاب وكذلك راغبي الإنجاب المحرمون منه طبيعياً . كل ذلك آثار حافزه رجال القانون للرد علي هذه الإنعكاسات الخطيرة علي الصعيد العلمي . فهناك العديد من المشاكل التي تنشأ عن هذه الأكتشافات في الإنجاب الصناعي . فصيرورة الأم أبا والأب أما في مجال تغيير الجنس بين عشية أو ضحاها يثير آلاف التساؤلات والقضايا . وظهور بنوك حفظ المني البشري في دول أوربا آثار المشاكل العديدة التي يثيرها هذا الجزء من جسم الإنسان .

هل له حق التبرع به ؟ أم هل له حق حفظه بعد وفاته ثم الإنجاب بالتلقيح بعد الوفاه ؟ . وهذا ما وضح في مشكلات الأنجاب الصناعي

أثناء الحياة وبعد الوفاة . وظهر تساؤلا يكاد تقشعر له الأبدان هل يجوز للمرأة غير المتزوجة أن يكون لها أولاد بلا زواج ؟ كل هذا يوجب تداخل رجال الفقه القانوني لإفساح المجال للمعيار الإرادي ، حتي يمكن استيعاب بعض الفروض التي أفرزتها الحياه العملية في ظل نجاح فكرة الإنجاب الصناعي الذي أصبح نظاما قانونياً . ولا شك أن عملية الإنجاب الصناعي تقتضي بيان أساليب أو وسائل هذا الإنجاب . وما يترتب عليه من إبرام بعض العقود . مثل التبرع بنطفة الذكورة - أو بويضة الأنوثة - التبرع بحمل بويضة من الغير ، أي تداخل الغير في عملية الإنجاب . وهذا يبرر أهمية مدي جواز تصرف الإنسان في جسده أو في نتاجه ومدي جواز وضع الإنسان نفسه تحت تصرف الغير (الحمل لصالح الغير) . ومن هنا تأتي أهمية هذا البحث في الوقوف علي هذه المعطيات الحديثة في نظام الإنجاب الصناعي .

الأهيمة العملية للبحث :

الأمر الذي لا مراء فيه أن عملية الإنجاب الصناعي يترتب عليها تحديداً لطبيعة التأثر بالعقود التي تترتب عليها ومدي مشروعيتها ونطاق مسئولية الأطراف فيها وخاصة الطبيب وبنك الحفظ للمني البشري والبويضات . وهذا يجد ضرورة في تطبيق علم الهندسة الوراثية علي جسم الإنسان والحيوان . فقد أدت التطبيقات الحديثة علي الذمة الجينينة للإنسان إلي ظهور العديد من المخاطر أخصها مدي مشروعية الحمل

لصالح الغير - ومدي جواز التلقيح الصناعي من غير الزوج . والتلقيح الصناعي بعد وفاه الزوج . ومسئولية الطبيب الذي يجري هذه العمليات بالبويضات الملقحة . وفي مواجهة هذه الأخطار لا بد من معالجتها بوضع نظام قانوني حاسم لتنظيم العمليات المذكورة . ولن يتأتي هذا التنظيم إلا من خلال منظور قانوني هو العقود المدنية الناشئة عن هذه الأخطار. فقد أصبحت عمليـــات التلقيح -الصناعي واقع مفروض في الحياة العملية . فتحدث كل يوم وفي كافة أنحاء العالم بدرجات متفاوته من حيث المعطي من الزوج أو من غير الزوج - في علاقة الزواج المشروعة أم في غيرها . وهذا يوجب علينا في مجال الدراسة القانونية إيضاح حقيقة هذا المنظور القانوني « العقود الحديثة » من حيث مدي صحتها أو بطلانها وطبيعتها القانونية وأطرافها ومحلها والغير الذي يتدخل في تكوينها مثل الطبيب وبنك حفظ المني البشري والبويضات . فالعقود المتصورة من خلال هذه المعطيات تكمن في عقود مدنية بين الرجل والمرأة - الزوج والمرأة الغير - الطبيب أو المركز الطبي القائم بالعملية - بنك حفظ المني البشري . بين هؤلاء تنشأ علاقات تعاقدية بصرف النظر عن مشروعية الحمل . وما حقيقة هذه العقود . هل تعتبر إيجار للرحم - أو بيع لشيئ مستقبل - أم عقد وديعة - أم عارية استعمال - أم بيع إيجاري . كل هذه المفترضات القانونية تطفو علي السطح القانوني . ونؤكد التعرض لها بالتأصيل والدراسة . ومن هنا تأتي خطة البحث والدراسة علي النحو التالي :

خطـــة البحـــــث :

يتناول هذا البحث فكرة العقود المدنية الناشئة عن نظام الإنجاب الصناعي كنظام عقدى ، وقد حصـــــرنا هذه الأفكار في أربعة فصول كما يلي : -

الفصل الأول : - فكرة الإنجاب الصناعي كنظام عقدي .

المبحث الأول : - مضمون الإنجاب الصناعي [زراعة الأجنة]

المبحث الثاني - مدي مشروعية الإنجاب الصناعي

الفصل الثاني : عقد الإنجاب الصناعي .

المبحث الأول : العقد بين راغب الإنجاب الصناعي ومركز حفظ السائل المنوي ومشروعيته .

المبحث الثاني : - العقد بين المريض والطبيب ومشروعيته

المبحث الثالث : العقد بين الوسيط والأطراف في الحمل لصالح الغير ومشروعيته

الفصل الثالث : الإلتزامات الناشئة عن عقد الإنجاب الصناعي.

المبحث الأول : الإلتزامات الناشئة عن العقد المبرم بين مركز حفظ ودراسة السائل المنوي والمريض .

الفصل الأول

فكرة الإنجاب الصناعي كنظام عقدي

تمهيد :-

لقد دفع ضعف الخصوبة عند الرجل والعقم عند المرأة العديد من الأشخاص سواء في الخارج أو في مصر ، باللجوء إلي فكرة زراعة الأجنة - أي الحصول علي طفل من خلال أنبوب يمكن فيه تلقيح البويضات الأنثوية مع المني الذكري ثم وضعه في رحم إمرأة صالحة لحمل هذا الأنبوب لكي تأتي في النهاية بطفل يسعد به أبويه . لكن الأمور لا تسير بهذه السهولة في مجال هذه الظاهرة الخطيرة التي جعلت من جسم الإنسان محلاً للتجارب . فهناك العديد من العلاقات التي تنشأ بين أطراف هذه العملية ، ولن يتأتي الوقوف علي هذه الظاهرة إلا من خلال التصور القانوني لها . إذ أنها تثير علاقات بين أفراد مختلفين مثل الأب صاحب البويضة - والأم الحامل لهذه البويضة من غير الأم البيولوجية . ومن ثم يتعين الوقوف علي ماهية الإنجاب الصناعي ومدي انتشاره لظاهرة فرضت نفسها علي بساط البحث القانوني . ومدي جواز هذا الإنجاب أثناء الحياة وبعد الممات .. كل هذه المفترضات القانونية نتناولها في مبحثين :

يتناول الأول : مضمون الإنجاب الصناعي .

ويتناول الثاني : مدي مشروعية هذا الإنجاب .

وذلك علي النحو التالي :

المبحث الأول

مضمون الإنجاب الصناعي

وانعكاساته القانونية

تمهيــــد :

لقد شاع الإنجاب الصناعي [١] منذ الخمسينات وخصوصا في بلاد أمريكا - واليابان واسرائيل وفرنسا . وقد أثبتت الإحصائيات أن حوالي ١/٨ المتزوجين يميلون إلي فكرة التلقيح الصناعي ، ليس فقط من معطي معلوم ولكن من معطي مجهول وذلك من خلال معطي قانوني أطلقوا عليه « الحق في الصحة ». وقد أثار هذا الموضوع أهتمام الفقة في فرنسا [٢] وذلك للآثار الخطيرة المتولدة عنه ، إذ أنه فيه مساس بالدعائم التقليدية للبنوة والمساس بالوحدة البيولوجية للأسرة - والتلقيح الصناعي قد يتم حال حياة الزوجين أو بعد وفاة الزوج . ومن هنا كان

---

(١) أنظر د/ علي نجيده « صور التقدم الطبي وانعكاساتها في مجال القانون المدني ١٩٩١ ص ٤ » .

(٢) عارض أغلب الفقه في فرنسا هذا النظام ونذكر منهم : SAVATIER .

١ - L'insemination pratiquee aprés la most du donneur .

٢ - L'insemination artificielle davant le droit postive francais , centr d'etudes laenner .

لابد للفقه أن ينبرى لكشف هذه المشاكل القانونية للوقوف علي الإنجاب الصناعي حالة حياة الأشخاص أو بعد وفاة الزوج . ومن هنا كان لابد أن نعرض للإنجاب الصناعي أثناء حياة الزوجين - والإنجاب الصناعي بعد وفاة الزوج وذلك بعد الوقوف علي ماهية الإنجاب الصناعي في مطالب ثلاثة متتالية علي النحو التالى :

المطلب الأول

ماهية الإنجاب الصناعي ووسائله

« الأستدخال »

الماهية :

يعتبر الإنجاب الصناعي ثورة اجتماعية بالدرجة الأولي . ولعل أهم مظاهر هذه الثورة الإجتماعية هي أن عملية الإنجاب الصناعي أصبحت توجب تدخل الغير بعد أن كان إلي وقت ليس بقريب قاصراً علي الزوجين فقط . ويقصد بالإنجاب الصناعي أنه إنجاب طبي يقتضي بالضرورة تدخل أحد الأطباء علي الأقل إن لم يكن تدخل أحد المتخصصين في علوم البيولوجيا . فهو بديل أو معاون أو مساعد للإنجاب الطبيعي . وقد تعددت وتطورت وسائل الإنجاب الصناعي بداية بالتقليح الداخلي بين الزوجين وغير الزوجين [١] مروراً بالتلقيح الخارجي بين الزوجين أي يتداخل الغير ويقتضي المقام في هذا المجال أبراز المظاهر البيولوجية والوسائل القانونية لهذا النظام القانونى علي النحو التالي :

---

(١) أنظر د/ محمد المرسي زهرة ، الإنجاب الصناعي أحكامه القانونية وحدوده الشرعية عام ١٩٩٠ ص ١١٨ - ١٢٠ .

أ - المظاهر البيولوجية للإنجاب الصناعي :

إن دور العالم البيولوجي تعدي كل ما كنا نتصوره بالأمس القريب ، تلاعبا في الوراثة والجينات . وفي مواجهة هذا التقدم العلمي المذهل في مجال البيولوجيا الحديثة ، يتعين علي رجال القانون وخاصة الفقه المواجهة لهذه الطفرات العلمية والحقائق الإجتماعية . وهذا يوجب علينا في مجال البحث الفقهي في مجال البيولوجيا الوقوف علي الذمة الجينية للإنسان . من الخلايا - والجين البشري فيقصد بالخلية [١] ذلك الجزء من السيتوبلازم ذو نواة محاطة بجدار أو غشاء خلوي ، وتوجد منفرده أو في جماعات وتشمل أجساما من أنواع مختلفة والخلية أي البويضة المخصبة تنقسم عن طريق الإنقسام الميتوزي إلي خليتين والخليتين إلي أربع والأربع إلي ثمانية والثمانية إلي ستة عشر ثم إلي أثني وثلاثون ثم إلي أربعة و ستون ، ثم إلي مائة واثني وثلاثون ، وهكذا حتي يصبح في جسم الإنسان ألف مليون خلية [٢] وعند مناظرة

(١) أنظر د/ محمد عزيز فكري ، غبد الحليم الطوبجي ، علم الخلية ، ترجمة أجنبية منشور في الشركة العربية للطباعة والنشر والتوزيع ١٩٩٦ ص ٢٣ - ٢٤ ، د/ صبحي حسب النبي مذكرات كلية العلوم جامعة المنوفية ص ٤٠٣ . ويرجع نشأة الخلية الي عام ١٦٣٥ حيث أجري العالم هوك فحصه لمقاطع من الفلين تحت الميكروسكوب ووجد حجرات صغيرة ، أطلق عليها اسم الخلية .

(٢) أنظر د/ ماهر أحمد الصوفي ، الإستنساخ البشري بين الحقيقة والوهم ١٩٩٧ ص ١١ - ١٢ .

الخلية نجد أنها عبارة عن كلتة برتوبلازمية محاطة بغشاء شبه منفذ ويوجد وسط هذه الكتلة النواة التي تتحكم في جميع وظائف الخلية . ويوجد السيتوبلازم حول النواة . وينقسم الأخير بدوره إلي جزء شفاف خارجي يطلق عليه الأندوبلازم . ويتم في السيتوبلازم كل الوظائف الحيوية في الخلية . أما النواة فيوجد بها سائل نووي يطلق عليه الكروسومات التي تحمل المادة الوراثية والبروتينات ، وعند دخول الخلية مرحلة الإنقسام يبدأ هذا السائل النووي في التغلظ ويكون شكل الشبكة التي يطلق عليها الشبكة الكروماتينية ، وتظهر بعد ذلك في صورة كروموسات ، ومادة الكروماتين الموجودة في النواة هي المادة الوراثية كنسيج شبكي دقيق ويمتلئ الجزء الباقي من النواة بالسائل النووي . وعند تحليل هـذه المـادة بجهاز الإشعاع الذاتي وأجهزة الطرد المركزي السريع يتبين أنها تحوي حامض نـووي يطلق عليه بالفرنسية Acide desoxyrbonucleique - وإختصاره A . D . N

فهذا السائل هو الذي يعطي أوامره بتخليق البروتينات المطلوبة للخلية عن طريق تتابعات عليه يكتبها علي حامض نووي آخر يطلق عليه ريبو نيو كليك أسيد واختصاره R . N . A وهو الذي يحمل هذه التتابعات إلي السيتوبلازم ليقوم بتخليق المطلوب . هذا عن الخلية وتركيبها كخطوة أولي للوقوف علي كيفية الوجود .

ويحن لنا أن نقف علي المقصود بالجين البشر . ويقصد به أنه أحد حلقات الشريط الوراثي الذي يحتوية الحامض النووي D . N . A ويضم

مائة ألف جين يمثلون الذمة الجينية للإنسان ، وكل جين في هذا الشريط الطويل مسئول عن صفة معينة من صفات الإنسان ، بل ويحدد الصفة المعينة لصاحبه كالطول والقصر ولون العين والبشرة - والشعر (١) .

وقد ناقش المؤتمر الدولي في المملكة العربية السعودية حقيقة التجارب حول التحكم في نوع الجنين في ميدان العلم والدين وانتهي إلي نتيجة مؤادها « من الحقائق الهامة في خلق الإنسان ان الروح والنفس ترتبط بالخلقة الإلهية اللا مادية للإنسان السوي المهيأ لآداء التكاليف - ولقد جعل الله الزواج الطبيعي الشرعي هو السبيل الوحيد الذي يثمر هذا الخلق السوي المعد لطاعة الله وعبادته . وذلك بالأمر الإلهي الذي ينزل عند الإلتقاء الشرعي الطبيعى بين الزوجين مصداقاً لقوله تعالي : « فلينظر الإنسان مما خلق خلق من ماء دافق يخرج من بين الصلب والترائب (٢) » .

ومن الجدير بالذكر أن العبث بإجراء التجارب للتحكم في نوع الأجنة ينذر بأخطر العواقب الأخلاقية ، ففيه إخلال بالتوازن الذي يحفظه الله بين نسبة الذكور والإناث ، وعندما نتذكر قوله تعالي في سورة النساء (٣) « ولأمرنهم يبلغون خلق الله ومن يتخذ الشيطان وليا من دون

(١) أنظر : المؤتمر العلمي الدولي المنعقد بالمملكة العربية السعودية في ١٩٩٨/١١/١ .
(٢) أنظر : سورة الطارق ، آية ٥ .
(٣) أنظر : سورة النساء ، آية ١٩ .

الله فقد خسر خسرانا مبينا » .

وحاصل القول أنه إذا كان تركيبة الجين طبيعياً فأن الخلق تكون له صفات الأصل . أما إذا كان غير ذلك فإنه سوف تحدث كارثة الأمراض الوراثية وخاصة إذا كان هناك مرض وراثي في سلالة معينة . وقد صدر إعلان إيتوياما باليابان في عام ١٩٩٠ برسم خريطة للجين البشري .

وعلي أثر ذلك جرت المحاولات لاستكشاف الشريط الوراثي ورسم خريطة جينية ، ويتحدد في هذه الخريطة موقع كل جين وصفاته وتركيبه والمسئولين عنه [١] .

(ب) المظاهر القانونية للإنجاب الصناعي :

يرجع سبب الإنجاب الصناعي بصفة عامة إلي مشكلتين تواجه البشر وهي طبيعة خلقية لايد للإنسان فيها ألا وهي : ضعف الخصوبة بالنسبة للرجل والعقم بالنسبة للزوجة [٢] ويدور البحث والمعالجة العلمية لوسائل الإنجاب الصناعي حسب الشخص المسئول عنه ، هل هو الرجل أم المرأه ؟ . فإذا كانت المشكلة بين الزوجين فإنه يمكن السيطرة علي هذه

---

(١) أنظر : ندوة الأطباء المصريين بدار الحكمة بنقابة الأطباء بالقاهرة ١٩٩٧/٣/١٦ « استنساخ الخلايا وتداعياته » .

(٢) أثبتت الأحصائيات المدنية أن مسئولية الرجل عن الحمل تنحصر في ٢٠ : ٤٠ ٪ أي النساء من ٥٠ : ٦٠ ٪ مشار إليه في د/ رضا عبد الحليم ، الإنجاب الصناعي ١٩٩٦ ، ص ١٤ - ١٥ .

المرأه ؟ . فإذا كانت المشكلة بين الزوجين فإنه يمكن السيطرة علي هذه المشكلة بمحاولة تقريب الوضع في الإنجاب الطبيعي أو اقتــراح حلــول لا تبعد كثيراً عن الوضع الطبيعى للأمور . ولكن الصعوبة الجمة تأتي في حالة إحلال شخص محل المصاب بالعقم أو انعدام أو قلة الخصوبة . أي شخص ليس طرفا في علاقة الزوجية بحجة العلاج . فهنا تتعقد الأمور ويدور البحث حول حل لينتهي هذا الخلاف . فيفرق الأطباء بين العقم وضعف الخصوبة [١] فالعقم يقصد به عدم القدرة النهائية علي الإنجاب - وهنا لم ولن تفلح وسائل الإنجاب الصناعي في علاجها إلا بزرع الأعضاء التناسلية مثل المبيض والخصية . أما ضعف الخصوبة . ويفضل الأطباء إطلاق عدم الخصوبة « Infertilite » بدلا من ضعف الخصوبة « فهوعدم القدرة علي الإنجاب لمدة سنة كاملة رغم وجود علاقة زوجية سليمة وبدون استخدام أي مانع من موانع الحمل . أي يمكن فيه المعالجة الطبية .

وهنا تسرع وسائل الإنجاب الصناعي لحث المسؤل عن هذا الضعف أو عدم الإنجاب ، فإذا كان الزوج هو المسئول فإنه يتم التلقيح بماء الزوج صناعياً أو بماء غير ماء الزوج [٢] . أما إذا كانت المرأة ، فإن وسيلة

(١) أنظر د/ محمد علي البار ، طقل الأنبوب والتلقيح الصناعي ١٩٩٠ ، الدار السعودية للنشر ، ص ١٨ و د/ جمال أبو السرور « العقم في العالم الإسلامي ١٩٩٠ » مؤتمر مقديشو ١٩٩٠ والإخصاب الطبي المساعد بين الممارسة والبحث نظرة إسلامية ١٩٩١ ، طبعة الأزهر الشريف ص ٣١٤ .

(٢) أنظر د/ رضا عبد الحليم ، المرجع السابق ص ١١ .

علاجها إما أن يكون بطريق الإخصاب خارج الرحم أي بطريقة طفل الأنبوب ، وإما بالحمل لحساب الغير . وهذا ما دعا البعض إلي القول بأن الإنجاب الصناعي هو إدخال البذور الذكرية في الجهاز التناسلي للمرأة بغير الطريق الطبيعي . وهو يقابل الإستدخال في الشريعة الإسلامية حيث قال البيجرمي في حاشيته [١] « إن مثل الوطء في وجوب الإعتداد إستدخال المني المحترم حال خروجه ولو بإعتبار الواقع ظاهرا . وذلك كما إذا خرج المني يوطء زوجته ظانا أنها أجنبية ، فأستدخلته زوجة أخري أو أجنبية إعتباراً بالواقع دون إعتقاده .

---

(١) أنظر تحفة الحبيب علي الإقناع حل الفاظ بن شجاع ، جـ ٤ ص ٣٨ منشور في مؤلف د/ محمد سلام مذكور ، الجنين والأحكام المتعلقة به في الفقه الإسلامي عام ١٩٦٩ ، ص ١٣٤ ، هامش ١ .

المطلب الثاني

الإنجاب الصناعي أثناء حياة الزوجين

تمهيد:

إن لعدم الإنجاب أسباب عديدة [١] وقد تم الوقوف علي بعضها والبعض الآخر لا زال في طي الكتمان . فقد عرف أن هناك أسباب عضوية ونفسية تتمثل في : قلة عدد الحيوانات المنوية الحية في القذفة الواحدة للرجل - وزيادة الحموضة في الجهاز التناسلي للمرأة - ووجود تضاد بين خلايا الجهاز التناسلى والحيوانات المنوية - وضيق عنق الرحم للمرأة ، أو الإصابة بالعنة النفسية للرجل الذي لا يستطيع إدخال مائه في رحم الزوجة . ومن هنا بدأت الحاجة ماسة إلي ضرورة تداخل الغير إما لكي يجري عملية إدخال ماء الرجل في الموضع المخصص له في المرأة . وإما الإستعانة بمني الغير للقيام بعملية التلقيح الصناعي - وهذا يوجب علينا في مقام البحث الحديث عن محورين هما : -

الأول : التلقيح الصناعي في علاقة شرعية بين الزوج والزوجة .

والثاني : التلقيح الصناعي في علاقة غير شرعية وذلك في فرعيين علي النحو التالي : -

---

(١) أنظر : د/ محمد البار ، المرجع السابق ، ص ٣٩ .

الفرع الأول

الإنجاب الصناعي في علاقة شرعية

١- بين الزوجين بنطفة الزوج :

« insemination - inlrd - conjugal »

يثير هذا المحور من محاور البحث الحديث عن محتويات هذا المبدأ الذي فرض نفسه علي الواقع . وسوف نعرض لها كما يلي : -

١- مدي مشروعية المبدأ « التلقيح الصناعي بين الزوجين » :

يقصد بالمشروعية هنا في هذا المجال هل التلقيح الصناعي جائز شرعا أم لا ؟

أجاب أحد فقهاء الشريعة الإسلامية علي ذلك التساول [١] بأن حكم الشريعة الإسلامية في ذلك التلقيح أنه إذا كان من ماء الرجل لزوجته أو إحدي زوجاته وهي تعلم أنه ماء الرجل فإن ذلك التصرف يكون واقعا في دائرة المشروعية ولا أثم فيه ولا حرج ، والولد الذي يجيئ له ولد شرعي ينسب إلى أبيه . أما إذا كان التلقيح الصناعي بماء

---

(١) أنظر : محمد سلام مدكور ، أحكام الجنين في الإسلام عام ١٩٦٩ ص ١٣٦ ، طبعة دار النهضة العربية ، الطبعة الأولي .

غيـر الزوج أو بماء الزوج وهي تعتـقـد أو تظن أنه مـاء رجل أجنبي فـإنه يترتب عليـه الإثم . وإن كان بعض فقهاء الشافعية يري الاعتراف بنسب الولد الذي يجيئ نتيجة استدخال ماء الزوج مع ظنها أو إعتقادها أنه ماء رجل آخر . ويضيف صاحب هذا الإتجاه أنه لا يمانع في القول بثبوت النسب ووجوب العدة في حالة ما إذا أدخلت الزوجة أو المطلقة ماء زوجها وهي تعتـقـد أو تظن أنه لأجنبي ، لأنه في الواقع ماء زوجها ، وينبـغي اعتباره واقع هنا فيثار أثناء الحكم عليه ، ولكن الذي يقول به فضيلته مع هذا هو ثبوت الإثم إذا كانت تعتقد أو تظن خلاف ذلك ، كما يثبت الإثم باستدخالها ماء الأجنبي وإن كان يثبت به النسب ولا تترتب عليه عدة مطلقاً إتفاقا » .

ويضيف البعض الآخر [١] . أن التلقـيح بماء الأجنبي في نظر الشريعة جريمة منكرة وإثم عظيم يلتقي مع الزنا في إطار واحد جوهرهما واحد ونتيجتـهما واحدة وهي وضع ماء رجل أجنبي قصدا في حرث ليس بينه وبين ذلك الرجل عقد ارتباط بزوجية شرعية ، ولولا تصوره في صورة الجريمة لكان حكم التلقيح في تلك الحال هو حكم الزنا الذي حددته الشرائع الإلهيه وحرمته .

---

(١) أنظر : د/ محمود شلتوت القناوي ، ص ٣٠٠ مطبوعات الإدارة العامة للثقافة بالأزهر .

ولقد أحسن فضيلته في التعقيب علي ذلك بأن حكمه في الشرائع دون حكم الزنا خلافا لما يوهمه صدر كلامه ، فأن مظهر العدوان علي الأعراض في الزنا ودوافع الشر في ارتكابه أبعد خطر ، فهو شر من هذه الصورة التي قد تتعذر بقدرالضرورة . وقد لا تقتضي إشاعة الفاحشة ولا عدوان الناس بعضهم علي بعض ، وإن كان هذ التعقيب لا يمحو ما ربط به فضيلته بين هذه الجريمة وبين الزنا بما يقتضي المساواة بينها بأعتبار أن جوهرهما ونتيجتهما واحدة وهي وضع ماء الرجل الأجنبي قصداً في حرث ليس بينه وبين الرجل عقد ارتباط مشروع

وذهب البعض إلي القول [١] أن هذه الوسيلة من وسائل الإنجاب الصناعي تتعارض مع مشيئة الله سبحانه وتعالي الذي قال في كتابه العزيز [٢] « لله ملك السموات والأرض يخلق ما يشاء ، يهب لمن يشاء إناثا ويهب لمن يشاء الذكور ، أو يزوجهم ذكرانا وإناثا ويجعل ما يشاء عقيما إنه عليم قدير » ثم ورد في موضع آخر في الكتاب العزيز « ولقد خلقنا الإنسان من سلالة من طين » وهذا يقطع بذاته علي أن إباحة التلقيح الصناعي بين الزوجين بنطفة الزوج غير صحيح لأن فيه خرق لقاموس الطبيعة البشرية . ولكن بإمعان النظر في هذه الآيات المباركات نجد أنها لا تدل هذه الدلالة وإنما دليلها في السورة أن الله سبحانه

---

(١) أنظر : د/ محمد مرسي زهرة ، المرجع السابق ، ص ٦٢ .

(٢) أنظر الآيتان ٤٩ ، ٥٠ من سورة الشوري .

وتعالي قادر علي العطاء من الذكور والإناث وإن الناس مختلفون بين ولود وعقيم ، فالعقيم الذي لا يستطيع الإنجاب إلا بهذه الوسيلة فإنه يتداوي من هذا المرض والتداوي مشروع في الشريعة الغراء أخذاً بما ورد في المصدر الثاني من مصادر الشريعة الإسلامية وهو السنة . فقد قال رسول الله - صلي الله عليه وسلم - « تداووا فإن الله عز وجل لم يضع داء إلا ووضع له شفاء »[١]. ولما كانت السنة تكمل ما ورد في الكتاب العزيز ، فإننا نري من باب التخفيف علي الناس مشروعية وسيلة الإنجاب الصناعي بين الزوجين بنطفه الزوج - ولكن نصطدم بالوسيلة المشروعة لإحداث مثل هذا الإنجاب الصناعي الداخلي .

٢ - وسيلة الإستدخال :« حقن ماء الزوج في رحم الزوجة »:

لم يعتبر الآن الإتصال الجنسي المباشر هو الوسيلة الطبيعية لإستدخال ماء الرجل إلي مهبل الزوجة . فهناك الأستدخال أي إدخال مني الذكر في المكان المعد لذلك في رحم الزوجة دون اتصال مباشر وهذا لن يتأتي إلا بطريق الحقن الذي يقوم به طبيب متخصص . وقد أجمعت الشرائع الثلاث اليهودية - المسيحية - الإسلام - علي أن الحمل قد يكون بالإتصال الجنسي الطبيعي وقد يكون بإدخال ماء الزوج إلي رحم الزوجه بالحقن أى دون أتصال طبيعي . وهذا هو التلقيح الصناعي [٢] .

---

(١) أنظر : ابن القيم الجوزية ، تحفة الودود بأحكام المولود ، ص ٥ ومابعدها .

(٢) أنظر د/ محمد مرسي زهرة ، المرجع السابق ، ص ٦٨ .

ولكن الذي استوقفنا في مجال التأصيل الفقهي والقول بجواز هذه الوسيلة من وسائل الإنجاب { التلقيح الصناعي } . هو ما مدي جواز الإطلاع علي السوأتين :

قبل الإجابة علي ذلك التساؤل أن هناك في الشريعة الإسلامية قاعدة شرعية « الضرورات تبيح المحظورات » وأن الضرورة تقدر بقدرها . فعورة الرجل حرمة علي المرأة وعورة المرأة حرمة علي الرجل - فإن لم يوجد في النساء طبيباً متخصصاً في هذا المجال فهل يجوز للرجل الإطلاع علي عورة المرأة وهو الطبيب الذي يجري عملية حقن ماء الزوج في مهبل الزوجة ؟

ذهب *للإجابة علي ذلك* اتجاه [١] يري أن التلقيح الصناعي مهما كان الدافع إليه لا يرقي إلي مرتبه الضرورات التي تبيح كشف عورة المرأة المغلظة أمام الطبيب الأجنبي عنها . إذ أن العقم ليس من الضرورات . وفي واقع الأمر أن هذا الإتجاه متشدد من عدة زوايا ويمكن الرد عليه :

الأولى : - أن النظر إلي عورة المرأة محرم لغيره وليس لذاته - فالمحرم لذاته يباح عند الضرورة فقط - أما المحرم لغيره فهو يباح عند الحاجة . أليست الحاجة إلي إنجاب أطفال وتسلسل الذرية حاجة ينبغي

---

(١) أنظر د/ مصطفي الزرقا ، التلقيح الصناعي وأطفال الأنابيب والرأي الشرعي فيها ، المجمع الفقهي بمكة المكرمة ، الدورة الثالثة ، ١٩٨٠ .

الوقـــوف عندهـــا . وهي ثابتة بحـــديث الرسو ل صلي الله عليه وسلم « لا يـــدع أحدكم طلب الولد فـإن الرجل إذا مـات وليس له ولـــد انقطـــع اسمه » (١) . وقـوله عليه الصـلاة والسـلام « تزوجـوا الودود الولود فـإني مكاثر بكم الأنبيـاء يوم القيـامة » - وهذا أبلغ دليـل علي الحث علي الإنجاب للحفاظ علي النوع البشري .

الثانية : - أنه لا بأس شرعا من الأطلاع علي العورة المغلظة وذلك استناداً إلي أن النساء اللاتي كن يغزون مع النبي عليه الصلاة والسلام يقومون بتداوي الجرحى وما يترتب عليه ذلك من إطلاع علي عورة الرجل المغلظة . والضرورة هنا ليست قائمة - فقد كان يمكن للرجال المتخصصين القيام بهذا العلاج . ولكن الحاجة هي التي دفعت النساء إلي ذلك ولم يمنعـهن نبي الله محمد صلوات الله وسلامه عليه ، ومن ثم فلا مـانع بالنظر إلي العـورة المغلظة عند الحاجـة إلي ذلك ، ولا ريب أن الإنجـاب حاجة ، بل هو أمنيه غريزية لدي البشر ، ومن ثم يباح النظر إلي العورة إيذاء هذه الحاجة الملحة (٢) .

---

(١) أنظر مجمع الزوائد جـ ٤ ص ٢٥٨ رواه الطبراني .

(٢) أنظر د/ حسان حتحوت ، مقالة في « الإجهاض في الدين والطب والقانون والمشكلات الطبية المعاصرة ١٩٨٥ ص ٣١٥ .

٣ - شروط صحة التلقيح الصناعي بين الزوجين في علاقة شرعية :

يشترط لصحة هذه الوسيلة من وسائل الإنجاب الصناعي عدة شروط نجملها كما يلي ، ثم نتولي تحليل كل منهما علي حدة علي النحو التالي :-

أ - أن يكون التلقيح الصناعي بين زوجين أثناء حياة الزوجية .

ب - رضاء الزوجين .

جـ - الغرض العلاجي من التداخل بالأنجاب الصناعي .

ويجب علينا في مقام البحث سبر أغوار هذه الشروط كل علي حدة كما يلي : -

أ - أن يكون التلقيح الصناعي بين الزوجين أثناء الحياة الزوجية : -

- بين الزوجين بنطفة غير الزوج :

يمكن بداءة تصور عملية الإنجاب الصناعي بين الزوجين بنطفة غير الزوج في حالتين هما : -

الأولي : إذا كان الزوج عقيما عقماً غير قابل للشفاء .

والثانية : إذا كان أحد الزوجين لديه مشاكل وراثية تجعل الزوجين

يتـــرددان في الإنجاب الطبيعي ، ويفضلون اللجوء إلي الإنجاب الصناعي (١) ومراعاة لبعض الإعتبارات الآدمية في فرنسا ، فإن بنك حفظ المني يحصر التلقيح الصناعي بغير مني الزوج في حالة الزواج الطبيعي في هاتين الحالتين (٢). لكن هذا الفرض الواقعي يثير مسألتين .

تتعلق **أولهما** : - بمدي جواز التصرف من المعطي صاحب المني في هذه البذرة الإنجابية ،

والثانية : - تتعلق بمدي حق الطرف الآخر في علاقة الزوجية بالإعتراض علي فعل الإعطاء . وسوف نتولي بحث هاتين المسألتين كما يلي : -

أولاً : مدي جواز تصرف المعطي في البذرة الإنجابية :

تعتبر القدرة الإنجابية [المني من الرجل] أحد عناصر الذمة الجينية أي تعتبر أحد نتاج الجسد البشري . فما هي الطبيعة القانونية للبذرة الإنتاجية ومدي سلطات الإنسان علي هذه البذور الإنجابية .

---

(١) Noel - Jean Mazen L'insemination artificille , une realite ignoree par le legislateur , sem . Jur. 1978 - 2899.

(٢) أنظر د/ علي حسن نجيده ، صور التقدم الطبي وانعكاساتها عام ١٩٩١ . مطبعة جامعة القاهرة ، ص ١٤ - ١٦ .

١- الطبيعة القانونية للبذور الإنجابية :

تعزي صعوبة الوقوف علي هذه الطبيعة القانونية لعدم الإتفاق علي الطبيعة القانونية للجسد الذي يفرز هذه المنتجات . فقد ذهب البعض (١) إلي أن الجسد هو الشخص ذاته أو الشكل الذي يظهر فيه الشخص . فالجسد بجانب الروح يمثلان انسان حي . ولا يكون هناك وجود للإنسان إلا بإجتماع الروح والجسد . فالجسد بإعتباره أحد عنصري الإنسان لا يمكن أن يكون شيئا يرد عليه حق عيني . فالشرع الإسلامي الحنيف يأبي أن يعامل الإنسان الذي كرمه الله معاملة الأموال . وذهب البعض الآخر عكس ذلك (٢) فالفكرة القانونية للشخص مستقلة عن جسد الإنسان . ففكرة الشخص القانوني صاحب الحقوق مستقلة عن جسده .

فالجسد ما هو إلا مجموع أعضاء الإنسان استقلالا عن وظائفها . أما الشخص فهو الروح والعقل والإرادة . ولكن هذا الإتجاه الأخير الذي يعتبر جسد الإنسان من قبيل الأشياء ، لم يتفق على طبيعة الحق الوارد عليه . هل هذا الحق هو حق ملكية أم حق استتباع أم حق من طبيعة

---

(١) أنظر د/ محمد المرسي زهرة ، التلقيح الصناعي ، دار النهضة العربية ١٩٩١ ص ٩٠ - ٩٢ .

(٢) Labbée - x " l'insemination artificielle pratiquée aprés la mort du donneur ".
Gaz-Pal - 18 sept . 1984 . p. 401 .

خاصة . ونري أن تشبيه الإنسان بالأشياء لهو إهدار لكرامة الإنسان وأدميته . وهناك من منتجات الجسد ما هو صالح للتصرف فيه بطريق الهبة أو غيرها مثل دم الأدمي ولبن الأمهات فهما مسموح بالإنتفاع بهما شرعاً وقانوناً (١) .

ونخلص في نهاية المطاف إلي أن كل منتج من منتجات الجسد البشري له أوضاعه الخاصة به . فالخلاف الفقهي السابق ما هو إلا وضع البذور الإنجابية بين تقسيم الأشخاص والأشياء . فالبذور الإنجابية تعامل معامله الأشياء تماماً (٢) . سواء في المعامل أو البنوك المتخصصة أو في أيدي البيولوجيين . فهي إذن محلا للتملك والسيطرة فوجود المقابل أو انعدامه لم ولن يغيرها من أشياء إلي أشخاص . وهذا يوضح لنا أن المني أي البذرة الإنجابية وغيرها مثل البويضات اللاتى تكون الذمة الجينية يمكن أن يكون موضوعا لحق الملكية . وذلك باسم مكافحة العقم والحصول علي طفل . وفي تصورنا أن الإتجاهين السابقين يجمعان علي ضرورة وضع نظام قانوني معين يتلائم مع طبيعة هذا المنتج . لأن الإتجاه الأول يرى أن البذور الإنجابية من الأشياء إلا أنه يجب أن تخضع لنظام

---

(١) المادة ١ ، ٦ من القانون ١٧٨ لسنة ١٩٦٠ في شأن تنظيم بنوك الدم ، وأنظر :
د. حسام الأهواني ، المشكلات العملية التي تثيرها عمليات زرع الأعضاء ١٩٧٨ ، دار النهضة العربية ، ص ١١٢ ، وأنظر د/ حمدي عبد الرحمن ، معصومية الجسد عام ١٩٩٠ ، دار النهضة العربية ، ص ٨٧ - ٨٨ .

(٢) Labrusse - Riou - c "l cap . a . questions de droits " le projet N°. 195 - p. 116 .

قانوني خاص يراعي وظيفتها . والإتجاه الثاني لم ينته إلي نتيجة محددة بذاتها .

رأينـــا فـــي الموضـــوع :

إن الخلاف السابق لن يكون له صداه في التشريع والقضاء المصري والدول العربية عامة . لأن هذه المسألة تحكمها قواعد الشريعة الإسلامية التي أصبحت منذ وضع الدستور المصري الدائم في عام ١٩٧١ هي المصدر الأول للتشريع . وأنه لا يجوز للتشريع أن يخالف أحكام الشريعة الإسلامية . فأي تنازل عن البذرة الإنجابية من المعطي لها مخالف تماماً لقواعد الشريعة الإسلامية وبالتالي أحكام النظام العام في مصر . فهذه الجينات لها وضع خاص باعتبارها ستؤدي إلي إنسان بحسب المآل . فبعد إنفصالها من الجسد البشري يمكن التعامل معها علي أنها من الأشياء . ولكن لكل شئ طبيعته الخاصة ، وله وظيفته التي خصه الله بها . فيترتب علي جواز التنازل عنها إختلاط الإنسان . وهذا هو ما نهي الله عنه .

٢- سلطة الإنسان في التصرف في البذور الإنجابية :

لا زال لمسألة التصرف في البذور الإنجابية بريق خاص في الدول الأوربية وخاصة بعد تدخل المشرع الفرنسى بإباحة هذا الإنجاب الصناعي ، عن طريق معطي « I - A - D »

فقد صدر التشريع الفرنسي في ١٩٩٤/٧/٢٩ وجاء نص المادة ١/٦٧٣ منه :

"Le don de Gemetes consiste en L'apport par un tiers de spermatozoides ou d'avocytes en vu . d'une assistance medicale à la procereation " .

فلم يعد الأمر محل جدال في مشروعية التصرف في هذه الجينات ، وقنن المشرع الفرنسي مراكز متخصصة لحفظ السائل المنوي بترخيص معين [(١)]. وهذه المراكز نظمها المشرع الفرنسي بالقانون الصادر في ١٩٠١/٧/١ الخاص بإنشاء المؤسسات الخيرية ، التي تهدف الي تطوير الدراسات المتعلقة بالسائل الإنساني وتكوين وحدة لحفظه بجانب تعيين ورسم حاجات البحث العلمي والعلاجي . وحدد المشرع أنشطة البحث

---

(١) أنظر القانون الذي حدد شروط الترخيص لممارسة نشاط الإنجاب الصناعي :

Loi N 94. 653 - 29 - 7 - 7994 . " relative ou Corps humain "

والغي هذا القانون المادة ١٣ من قانون ١٩٩١ الصادر في ١٩٩١/١٢/١ الذي كان ينظم هبة النطفة الإنسانية . مشار إليه في الأسبوع القانوني عام ١٩٩٢ ص ١٠ .

وأنظر :

Cite par Corone's " problemes juridique posès par la pratique de l'insemination artificielle et Ebauches de soultion " Th doctorat 1985 . p. 34 " .

العلمي له وتلقي النطفة من المعطي لها وإعادة التنازل عنها . ثم صدر المرسوم ٨٨ - ٣٢٨ في ١٩٨٨/٤/٨ الذي أكد علي إنشاء لجنة وطنية لطب وبيولوجيا الإنجاب . وحدد شروط ومواصفات هذه المؤسسات العاملة في هذا المجال . وجاء نص المادة ٣/١٨٤ من القانون الأخير . وعهد الي لجنة قومية لطب وبيولوجيا الإنجاب ، أطلق عليها اسم اللجنة الاستشارية تكون مهمتها إبداء الرأي في الأسئلة المعروضة عليها والمتعلقة بالإنجاب الصناعي والمرفوعة إليها من وزير الصحة . وأوجب المشرع في المادتين ١/١٨٤ ، ٥/٦٧٣ من قانون الصحة العامة الفرنسي علي أن أنشطة الإنجاب الصناعي يجب أن تمارس في مؤسسات مرخص لها بذلك بشرط ألا يكون من أهدافها الربح . فلم تعد هذه الظاهرة الجديدة التي نحن بصددها محل بحث في مجال المشروعية . ولم يلق المشرع الفرنسي بالاً للمخالفة والتناقض مع الإتفاقية الدولية التي تحظر التصرف في حالة الشخص ، وبطلان الإتفاق الذي من شأنه التصرف في حالة الشخص علي خلاف الحقيقة . وأخص هذه الاتفاقيات الدولية معاهدة نيويورك في عام ١٩٩٠ وأهمها المادة ١/٧ التي جاء نصها « حق الطفل في أن يكون له أبوان وأن يربي بواسطتهما » . ونري أن الذي ذهب إليه المشرع الفرنسي يخالف القانون الطبيعي وقواعد الدين .

ثانيا : مدي حق الطرف الآخر في علاقة الزوجية في الإعتراض علي فعل الإعطاء لقد ثار التساؤل هل للطرف الآخر في علاقة الزوجية حق علي الجينات وأن من حقة الإعتراض علي أي تصرف عليها لصالح طرف ثالث ؟ .

لقد ذهب البعض (١) إلي أنه يجب توافر رضاء الزوجين معا لأن التلقيح الصناعي في هذه الحالة يمثل إجبار أحد الزوجين علي قبول طفل للغير . علاوة علي أنه يفرض علي الشخص عملا عكس إقتناعه . ويعتبر ذلك من قبل الزوج الآخر من قبيل الخطأ الجسيم والإهانه الشنيعة التي تسبب الإنفصال علاوة علي أن التبني يستلزم موافقه الزوجين معا ، فعلي الأقل يتطلب ذلك في حالة الإنجاب الصناعي . وكان البعض لا يعبأ برضاء الزوج إذ تم تلقيح زوجته ببذور ذكرية من الغير . لأن ذلك يعتبر زنا وله أن ينكر أبوته لهذا الطفل (٢). إلا أن الأحكام تبدلت وأصحبت موافقة الزوج كافية لتبرير ذلك . ويطالب الفقه بتنظيم هذا الموضوع تشريعياً بالإعتراف للزوج بحق الاعتراض . وبالفعل استجاب المشرع الفرنسي لذلك النداء الفقهي في المادة ١٠ من القانون الصادر في ١٩٩٤/٧/٢٩والخاص بعملية الإنجاب الصناعي وتنظيم مراكز حفظ السائل المنوي والتي جاء نصها « يجب علي المتبرع أن يكون متزوجا أو يعيش في علاقة حره وقادراً علي الإنجاب . وأن يحصل عي رضاء المتبرع وزوجته أو الطرف الآخر في العلاقة الحرة كتابة . وكذلك رضاء الطرفين المستقبلين للجينات التي يمكن الرجوع عنه قبل أن يتم أي تدخل في هذا الشأن » .

---

(١) أنظر د / علي حسين نجيدة ، المرجع السابق ، ص ١٥ .

(٢) أنظر :

note b eton sous lyon 28 mars 1956 . D . 646 .

وبإمعان النظر في هذا النص واشتراط المشرع الحصول علي موافقة الطرف الآخر كتابة لخير دليل علي وجوب توافر عنصر التراضي . ويعترض البعض [(١)] علي اشتراط هذا الشرط بشده ويبرر اعتراضه بأن هناك تناقض بين هذا الشرط وإجهاض المرأة نفسها . فالإجهاض بقرار من المرأة منفردة لا يؤخذ فيه رأي وموافقة الرجل رغم أن الجنين محل الإجهاض هو نتيجة لإتحاد الذمة الجينية للطرفين .

(١) أنظر د/ رضا عبد الحليم عبد المجيد ، النظام القانوني للإنجاب الصناعي ، رسالة دكتوراه عين شمس عام ١٩٩٦ ص ١٦٨ .

الفرع الثاني

الإنجاب الصناعي في علاقة غير شرعيه

« الأسرة الأمومية [١] »

لقد أفرزت الحركة النسائية التي أدت إلي اتجاهات للمساواة بين الرجل والمرأة فكرة الغاء الأسرة بالمفهوم التقليدي . وأن من حق المرأة أن تكون هذه الأسرة بدون حاجة إلي الرجل معها .

وأطلق علي هذه الأسرة الأسرة الأمومية [٢] وذلك انطلاقا من سهولة التقنيات الحديثة في مجال الإنجاب الصناعي الذي أنشأ ما يسمي بالحق في الطفل أو الحق في الإنجاب .

فالمرأة التي تعيش بمفردها لها الحق في طلب الإستفادة من هذه التقنية الحديثة سواء كانت إمرأة أعزب ، أو أرمله أو مطلقة . وقد انقسم الرأي حول صحة هذا الإنجاب الصناعي الإتفاقي بين معارض ومؤيد له . ومن ثم سنقوم بعرض هذا الخلاف علي النحو التالي :

---

(١) أنظر : د./ رضا عبد الحليم ، المرجع السابق ، ص ٢٠٦ ويطلق علي هذا النظام الأسرة وحيدة الخلية .

(٢) أنظر :

Rauast rev. trim dr . civ . 1940 - p. 223 .

اولا : - الإتجاه المعارض للإنجاب الصناعي الإتفاقي ، :

يؤسس أنصار هذا الإتجاه[١] هذه المعارضة علي ما يلي : -

١- أن الهدف من السعي لهذه التقنية الحديثة الغرض منه مواجهة الحالات العلاجيه مثل العقم الذي يبرر التداخل الطبي علي جسد الإنسان - وفي إجازه الإنجاب الإتفاقي يعتبر إعتداء صارخ علي هذه التقنيه .

٢- أن للطفل حق وشخصية ومن حق هذا الطفل أن يكون له والدان أي أب وأم ولكل منهما دوره في الحياة . وفي الإنجاب الإتفاقي يظل الأب في غاية السرية بعيداً عن الطفل ومن ثم فإن هذا الإنجاب الإتفاقي يضير بمصالح الطفل .

٣- أن تشبيه المرأة التي تطلب الإنجاب بالمرأة التي تريد التبنى في إجازة هذا الإنجاب الصناعي الإتفاقي ، لهو قياس مع الفارق . لأن التبني يكون فيه الطفل وقد ولد بالفعل من والديه ، أما في حالة الحمل الصناعي الإتفاقي فالطفل لم يولد بعد ولا يشفع في ذلك حق الأم في إشابع غريزة الأمومة . فالطفل يجب أن يوجد في عش زوجية هادئ .

---

(١) أنظر :

G . Raymand op. cit., sem . jur , 1983 .

ثانياً : الإتجاه المؤيد للإنجاب الصناعي الإتفاقي :-

لقد ذهب أنصار هذا الإتجاه المؤيد لعملية الإنجاب الصناعي الإتفاقي إلي العديد من الحجج التي قد تبدو متفقة ظاهرياً (١) وسوف نعرضها كما يلي : -

١- أن المجتمع الآن يعيش دور الآب الحاضر الغائب في حياة الأسرة . فقد يكون هذا الأب عربيداً ذو خلق إجتماعي سيئ . ويكون البعد عنه فضيله . أو يكون سكيراً لا يفيق من سكره . أو لا يقوم بأية أعباء أسرية ، فالأفضل ألا يوجد هذا الأب علي الأطلاق ويمكن الاستعاضة بمني الغير للحصول علي حق للطفل . وأن مصالح الطفل تحتم هذا .

٢ - أن كل إمرأة من حقها الإستفادة من التطور العلمي الهائل في هذا المجال فلا يمكن إجبار المرأة علي علاقة بغرض الإنجاب . فيمكن الإستعاضة عن هذه العلاقة بالتلقيح الصناعي الإتفاقي (٢) .

٣- أن فائدة الإنجاب الصناعي الإتفاقي يكمن في تكوين أسرة بغير طريق التبني المباح لأن الطفل في ظل هذا النظام الأول يرتبط بأمة

---

(١) Deupurt R - J - aprés domain - No special juill - sept 1988 . p. 30 .

(٢) Mme - Gobert " la filation et la progres de la sciences " , le debat economice 1982. p. 104 .

برباط الأمومة الحقيقية وهي غير حالة الطفل المتبني . وليس هناك ما يمنع من وضع بعض القيود علي اللجوء إلي ذلك الإنجاب الإتفاقي ، باشتراط سن معينة للمرأة التي تريد الدخول فيه .

رأينا في الموضوع :-

إن الهدف من إباحة نظام الإنجاب الصناعي هو بالضرورة معالجة العقم . وأنه هو المبرر الوحيد لتخطي المراحل الطبيعية للإنجاب . فيجب أن تقدر الضرورة بقدرها . فيلبي حاجة المريض فقط . وأنه من التجاوز من هذه التقنية الطبية الحديثة إلي غير حالات العقم لمجرد إرضاء نزوات ورغبات مشبوهة . ولا داعي للأنسياق وراء شهوة الأطباء في إجراء التجارب العلمية . ونري أن الخروج عن عله هذه التقنية . بإجازتها لغير العقيم . فإن التدخل الطبي يكون باطلاً وتنعقد معه مسئولية الوسيط وهو الطبيب ، بإعتباره الطرف المشارك في هذه العملية . وهذا ماسوف نلقي عليه الضوء فيما بعد عند الحديث عن عملية تكييف عقد الإنجاب الصناعي .

المطلب الثالث

الإنجاب الصناعي بعد الوفاة

l'insemination artificielle après la mort du donner

عرض المشكلة :-

لقد أدي انتشار مراكز دراسة وحفظ المني البشري C. E . C .O . S في فرنسا إلي أن يطفوا علي سطح هذه التقنية العلمية تساؤل يصعب الإجابة عليه . وهو - هل يجوز للزوجة أن تحمل بعد وفاة الزوج ؟ .

قبل الإجابة علي هذا التساؤل وفي غياب النص التشريعي الفرنسي يعن لنا طرح انعكاسات حول هذا الإنجاب الصناعي . فقد ذهب الأطباء المتخصصون في اجراء هذه العمليات إلي أنه بأباحة واجراء هذه العملية للحمل الصناعي بعد وفاة الزوج بمنيه ما يصطدم بالشعور الإنساني .

بينما ذهب البعض الآخر إلي أمكانية القيام بهذه العملية . وقد ذهب البعض في الفقه (١) إلي عدم جواز الحمل الصناعي بعد الوفاه . لأنه ليس في مصلحة الطفل . وأن السماح بذلك للأرملة يعتبر ذلك

---

(١) Guy Raymond , la procreation artificielle en droit francais , J. C. P. 1983 doct. 3114 .

شذوذ جديد للمرأة . كما أن محاولة تجميد البذور الذكريه فيها ضرر علي الطفل الذي يحمل هذه الجينات . كما أنه يصعب التسليم بموافقة الزوج قبل الوفاة بإستخدام بذوره الذكرية .

بينما ذهب البعض الآخر [١]. إلي أنه إذا كان الزوج قبل وفاته قد أودع لدي مركز حفظ ودراسة المني البشري هذه البذور الذكرية [الذمة الجينية] فإن ذلك يعتبر موافقة منه علي استعمالها بعد وفاته . والأمر يتعلق في وجه نظر هذا الفقه بأن العملية في مجموعها وصية . فكما يجوز للشخص أن يوصي بجزء من ذمته المالية يجوز له الإيصاء بجزء من الذمة الجينية . وكل ما هنالك أنه يجب أن تكون الوصية مشروعه ومقبوله [٢] . ويؤسس هذا الفقه ما ذهب إليه بالقياس علي حالة الحصول علي جزء من جثة المتوفي بعد الوفاة الذي أجازه المشرع الفرنسي في المادة الثانية من قانون ١٩٧٦ في شأنه إباحه الحصول علي جزء من جثة المتوفي [٣] . فطالما أن المشرع لم يحدد أي جزء من جسم الإنسان يتم

---

(١) LIDON , les droits de la personalité p. 236 .

(٢) يوجد ثلاثة أنواع من الوصيه فى فرنسا : وصيه عامه – خاصه – سريه مشار إليه فى د/ على نجيدة ، المرجع السابق ، هامش ١ .

(٣) أنظر المادة ٢ / ١ من ذات القانون « يحصل على الأعضاء ولغايات علاجية أو علمية من جثة شخص لم يعلن فى حياته رفضه لهذا الأمر » . وأنظر أيضاً د/ حسام الأهواني ، المشكلات القانونية التي يثيرها زرع الأعضاء عام ١٩٧٥ ، دار النهضة العربية ، ص ٧٨ .

الحصول عليه . من ثم فإن ناتج الجسم يدخل في نطاق هذا العموم . وخاصة أن كل إنسان يعتبر متبرعا بنص القانون طالما لم يرفض ذلك في حياته .

ولكن مشروعية هذا الإنجاب بعد الوفاة كانت محل نظر في أراء الفقه وانقسم ما بين مؤيد ومعارض لعملية الإنجاب بعد الوفاة . ومن ثم فقد بات لزاما علينا في مجال البحث أن نعرض لهذين الإتجاهين . ثم نعقب ذلك برأينا في الموضوع كما يلي :

أولا : الإتجاه المؤيد لعملية الإنجاب الصناعي بعد الوفاة :

أسس أنصار هذا الإتجاه [1] تأييدهم الكامل للإنجاب الصناعي بعد الوفاه علي الحجج التالية .

١ - أن القانون الفرنسي الخاص بالبنوه والصادر في ١٩٧٢/١/٣ قد اتخذ الحقيقة البيولوجية أساس للبنوه . وهذا هو ما يحدث في حالة تلقيح الزوجة نفسها بنطفة الزوج المتوفى فهي لا تلد إلا ولداً طبيعيا بيولوجيا .

---

(١) أنظر :

Gobert . M . " les incidences juridiques des progrées des sciences biologiques et Medicale sur le droit des personnes " 1985 - p. 181 .

٢ - أنه من العبث حرمان الزوجة من أن يكون لها طفلا من زوجها المتـوفي لأن الموت لا يقف مانعا يمنعها من الحصول علي هذا الطفل وخاصة أن المشرع الفرنسي يخول المرأة التي تعيش بمفردها أن تتبني طفلاً بشروط معينة .

٣ - أنه لا خطورة مطلقاً علي ما يسمي بحق الطفل . فمصلحة الطفل تستوجب أن يكون له أبوان بدلا من أن لا يأتي مطلقاً .

٤ - أن الأرملة من حقها أن تحتفظ بذكري زوجها المتوفي وأن يكون لها طفل منه .

٥ - أن الزوج عندما يقدم علي الزواج فإن إرادته تكون صريحة في أن يكون له ذرية بعد وفاته .

ثانيا : - الإتجاه المعارض لعملية الإنجاب الصناعي بعد الوفاه .

لقد تصدي الإتجاه المعارض [١] يحق في المعارضة لهذه العملية وذلك تأسيسا علي هذه الحجج التالية :-

١- أن إباحة هذه العملية فيه إهدار كبير دائما لحق الطفل وهو ثمرة هذا الإنجاب فتربية الطفل بين والديه يخلق طفل سعيد متسم

---

(١) Raymond - G ." la p. A . et la droit francais " J - c - P . 1993 , 3114 .

بالتوازن النفسي ولايغيره مطلقاً . بما يسمي بالحق في الطفل [١] وقد يتعرض الطفل المولود لخطر هو حرمانه من النسب لأبيه وإذا لم يثبت له النسب فلا يحق له الميراث .

٢ - أن ما ذهب إليه أنصار الإتجاه المؤيد في قياس هذه العملية علي حالة التبني هو قياس مع الفارق . لأن المرأة في حالة تبنيها لطفل فهو موجود بالفعل أمام الحق في الإنجاب فالطفل لم يوجد بعد . فالمرأة لا دور لها في وجود الطفل في حالة التبني . أما في حالة الإنجاب بعد الوفاة فهي التي تسعي ويكون القرار في يدها . أي هي التي تخلق هذه الحالة .

٣- والحجة المقنعة إلي حد كبير وقاطعة وهي أن رغبة الأرملة في إنجاب طفل بيولوجي من مني زوجها المتوفي ، قول فيه مغالطة للواقع وخرقا لكل قانون فالزوج انتهي بالوفاه . وشرع الإنجاب الصناعي لعله وهي مساعدة الزوجين في الحصول علي طفل لعلة العقم أو المرض . ولم تعد العلة قائمة فالزوج توفي بالفعل .

---

(١) أنظر د/ توفيق حسن فرج ، التنظيم القانوني لطفل الأنبوب ، ندوة بكلية الحقوق - جامعة الأسكندرية عام ١٩٨٥ .

وكذلك د/ سهير منتصر ، التلقيح الصناعي حال حياة الزوج وبعد وفاته ، مكتبة النصر بالزقازيق عام ١٩٩٢ ص ٥٩ - ٦٠ .

رأينا في الموضوع :

إن الإصرار علي إنجاب طفل بعد وفاة الزوج يشكل تعدي علي حق الطفل نفسه، في حقه في أن يكون له أبوين وألا يحرم من أحدهما . فحقوق الطفل هي التي ترسم الحدود للحق في الحصول علي طفل . ثم إن الحديث عن الإنجاب بنطفة الزوج . فأين هو الزوج وأين هو الزواج . فبالوفاة انفصمت عري الزوجية . ولا مجال للحديث عنها بهذا الإنجاب . كما أن الإنجاب الصناعي شرع لمعالجة حالة مرضية عند الزوج .

فلا زوج يوجد علي وجه البسيطة ولا اتصال مادي بينه وبين الزوجة . فلم يثبت للعلم الحديث إمكان سحب النطفة من جثة الزوج . وبالتالي لا يمكن بأي حالة من الأحوال التسليم بأجازة هذا النوع من الإنجاب الصناعي . لتعارضه مع الشرع الإسلامي الحنيف علي الأقل في الدولة الإسلامية . وإن كان هذا جائز في الدولة العلمانية فأنه يخلق العديد من المشكلات التي لا تقع تحت حصر . ولا يتسع هذا المختصر العلمي لذكرها . من أمثلتها ما هو الحل إذا سلمنا بأجازة هذا الإنجاب في حالة تعدد زوجات المتوفي . أو خليلاته فأيهم أولي بالإنجاب ؟ .

المبحث الثاني

مشروعية الإنجاب الصناعي بصفة عامة

تمهيد :

لقد أدي نظام الإنجاب الصناعي إلي ثورة اجتماعية في التعرض والمساس بجسد الآدمي . أدي إلي هذه الثورة الرغبة الملحة لدي البعض في المرضى بالعقم والذين توجد لديهم أمراض وراثية في الحصول علي طفل يكون ثمرة لهذا التلقيح الصناعي . وقد ساعد علي انتشار هذه الظاهرة المدنية الاكتشافات الطبية والعلمية ، التي قد أدت بعض النجاحات في مجال التحكم في نوع وجنس الجنبين ، بل وبلغت الرغبة مداها في تطلب مواصفات معينة في الطفل ، وذلك عن طريق السعي الطبي بإيجاد نوع من البدائل وهذا ما يسمي « بالاستقصاء » . ونظراً لأن هذه التقنية الحديثة في مجال الطب تشبع شهوة الطبيب العلمية قبل إشباع رغبة أطراف الإنجاب الصناعي . فإننا لابد أن نعرض لمشروعية هذه الظاهرة من حيث الديانة باعتبارنا نعيش في بلد دستورها القرآن حتي لا نسعي لتبديل فطرة الله التي فطر الإنسان عليها . ثم نتبع ذلك بإطلالة واسعة علي القضاء الأجنبي باعتبار أن القضاء هو المرآة العاكسة لأحوال المجتمع . ثم نعقب علي هذا النظام الطبي الذي فرض نفسه علي الواقع من خلال النظام التشريعي في فرنسا ومصر ، وذلك في ثلاثة مطالب علي النحو التالي : -

المطلب الأول : شرعية الإنجاب الصناعي ديانة .

المطلب الثاني : دور القضاء في مواجهة هذه الظاهرة الإجتماعية الحديثة .

المطلب الثالث : دور المشرع الوضعي في تأصيل هذه الظاهرة الإجتماعية .

المطلب الأول

شرعية الإنجاب الصناعي في ميزان الشريعة الإسلامية

المبدأ : الإباحة بشروط معينة :-

المتمعن في آية ذكر الحكيم (١) لقوله تعالي عز وجل « يهب لمن يشاء إناثاً ويهب لمن يشاء الذكور ، أو يزوجهم ذكراناً وإناثا ويجعل من يشاء عقيما انه عليم قدير » يفطن لأول وهلة أن الإنجاب الصناعي نظام يتعارض مع القدرة الإلهية . ويعتبر تبديلاً لخلق الله سبحانه وتعالي . ولكن يجب ألا يفهم التفسير علي هذا النحو الضيق ، فالله سبحانه وتعالي خلق الولود والعقيم ، وقادر سبحانه علي وهب الذكور والإناث ، ثم له القدرة العليا في أن يخلق من يشاء عقيما . ومن أجل ذلك فإن العقم أياً كان سببه فهو مرض ، وقد أمرنا رسولنا المصطفي - صلوات الله عليه - بقوله صلى الله عليه وسلم « تداوو فإن الله عز وجل لم يضع داء إلا ووضع له شفاء »(٢).

وذهب البعض (٣). إلي أنه مما يوجب العمل علي علاج العقم أن الشريعة الإسلامية لا تجيز التبني لقوله تعالي « وما جعل ادعياءكم أبناءكم » . كما أن العقم يقلل من عدد المسلمين وهذا يناهض قول الرسول

---

(١) أنظر : سورة الشورى ، الآية ٤٩ - ٥٠ .

(٢) أنظر : صحيح البخارى ، جـ ٧ ص ١٥٨ .

(٣) أنظر : د. محمد المرسى زهرة ، الإنجاب الصناعى أحكامه القانونية وحدوده الشرعية ، عام ١٩٩٠ ، ص ٦٣ .

صلى الله عليه وسلم « تزوجوا الولود الودود ، فإني مكاثر بكم الأمم يوم القيامة »[١].

فطالما أن الإنسان يمكن الإنجاب بالمساعدة الصناعية الطبية المشروعة ، فليس هذا تحدي للمشيئة الإلهية . فقد خلق الله الإنسان في الكون لبقاء النوع والعمار[٢] . وقد كانت دار الإفتاء المصرية [٣] لها السبق المعلي في هذا الصدد في تناولها هذه المشكلة في إطار الشرع الحنيف موضحة إزالة هذا العارض الذي يعتر الإنسان في حياته والتخفيف من آثاره ، وكذلك المجمع الإسلامي بمكة المكرمة الذي أباح هذه العملية بشروط خاصة . فالإسلام حدد أهداف الزواج في الأحصان والعفة ثم في إنجاب الذرية .

والإنسان جبل في هذه الحياة علي حب البقاء والتطلع لامتداد الأجيال . وذلك مصداقاً لقوله تعالي : « والله جعل لكم من أنفسكم أزواجا ، وجعل لكم في أزواجكم بنين وحفدة ورزقكم من الطيبيات[٤] ».

ومن هنا نبدأ القول بأن الشرع الإسلامي الحنيف لا يمانع في حدوث

(١) رواه أبو داود والنسائي : بان قيم الجوزيسة ، تحفة الودود بأحكام المولود ، ص ٥ ونا بعدها .

(٢) أنظر : د/ رضا عبد الحليم ، المرجع السابق ، ص ٢٦٢ .

(٣) أنظر فتوى دار الإفتاء فى ١٩٨١/٣/٢٣ - هشام جميل عبد الله « زراعة الأجنة فى ضوء الشريعة الإسلامية ، يوسف القرضاوى « الحلال والحرام فى الإسلام » مكتبة وهبة ، ١٩٨١ ، ص ١٩٠ الشريعة الإسلامية » مجلة الرسالة ١٩٨٩ ، عدد ٢٢٩ .

(٤) أنظر : سورة النحل و آية ٧٢ .

هذا الإنجاب ولكن بشروط معينة ، وقبل التعرض لهذه الشروط ، فيلح تساؤل علي الخاطر ، **ما هي مبررات الإنجاب الصناعي** ؟ .

لهذا النظام الطبي العلمي العديد من المبررات نذكرها علي النحو التالي :-

١ - معالجة حالات العقم التي تزايدت في هذه الآونة من العصر الحديث ، فالإجراء الإحصائي أثبت أن هناك نسبة ١٠ أو ١٥ ٪ مصابون بالعقم ، فاللجوء إلي هذه الوسيلة يعالج هذا المرض . وعلاج المرض واجب عملاً بما جاء في حديث الرسول صلى الله عليه وسلم « تداوو فإن الله عز وجل لم يضع داء إلا وله دواء » (١).

٢ - أن نظام الإنجاب الصناعي نظام معاون . حيث أنه يحل الوسائل الصناعية محل الخطوات الطبيعية للإنجاب وذلك لمساعدة الزوجين علي تحقيق رغباتهم المشروعة في الحصول علي طفل .

٣ - يؤدي إلي المحافظة علي الجنس البشري ، فالإنسان جبل في الحياة علي بقاء نوعه وإمتداد أجياله ، ولن يتحقق أمل الإنسان هكذا إلا باستخدام هذا الأسلوب العلمي الحديث .

شروط الإنجاب الصناعي :-

انعقد الإجتماع في دوائر الفقه علي أنه يجب توافر أربعة شروط

---

(١)أنظر : صحيح البخارى ، جـ ٧ ، ص ١٥٩ .

حتي يمكن أن يكون الإنجاب الصناعي صحيحاً ويترتب عليه كافة الآثار القانونية مثله مثل الإنجاب الطبيعي وهذه الشروط هي : -

١ - رضاء الزوجين .

٢ - أن يتم التلقيح الصناعي في إطار علاقات الزوجية وأثنائها .

٣ - أن يكون بهدف معالجة العقم للزوجة .

٤ - أن يكون التلقيح الصناعي هو الوسيلة الوحيدة للإنجاب .

وسوف نتولي شرح هذه الشروط تفصيلاً علي النحو التالي : -

١ - رضاء الزوجين :

لما كان الإنجاب الصناعي هو وسيلة مشروعة لإشباع رغبة الزوجين في الحصول علي طفل ، ومواجهة الحالة المهينة التي تعترض حياتهما الزوجية ، فإنه من البديهي أن يتم الحصول علي رضاء كامل من الزوجين وذلك لمصلحة الولد نفسه . وهذا الرضاء قد يكون صريحاً وقد يكون ضمنياً . وكما ذهبت محكمة النقض المصرية في أحد أحكامها (١) « أن الرضاء كما يكون باللفظ الصريح يجوز وعلي ماجري به قضاء هذه المحكمة أن يستفاد من دلالة التعبير » ، أو من السكوت في بعض الأحوال خلافاً للقاعدة العامة أنه لا ينسب لساكت قول » .

(١) أنظر : النقض المدنى ١٩٧٨/٢/٢٢ ، مجموعة أحكام النقض لسنة ٢٩ ، ص ٥٦٨ .

وقد ذهب البعض إلي القول أن سكوت الوالد يعد تهنئة من الناس بالمولود ، فإن هذا السكوت منه يعبر أن هذا المولود هو ابنه وليس له أن يلفظه بعد ذلك [١] .

والفرض الذي يثور هنا . ماهو الرأي إذا تم التلقيح الصناعي بغير موافقة الزوجة أو بغير موافقة الزوج ؟

للإجابة علي التساؤل يجب التفرقة بين هاتين الحالتين : -

الحالة الأولى : - يمكن تصور هذا الفرض عملاً في حالة ما إذا كان الزوج عقيماً ويريد إخفاء هذا العيب عن زوجته ، أو يوهمها بالحمل بالحصول علي بذور ذكرية من رجل آخر ، فأما عن الطرف الأول ، فإن هذا الحمل الصناعي الذي يريده الزوج ويقوم بالإتفاق مع الطبيب المعالج باجراء هذه العملية ينعدم فيه عنصر الرضاء ، بل هو حمل تم بالأكراه الأدبي . وما فعله الزوج والطبيب يعتبر كما ذهب البعض [٢] جريمة هتك عرض للزوجة الحامل . وللزوجة حق إقامة الدعوي عليهما معاً بالتضامن لأن هذا الفعل غير مشروع وناتج عن جريمة إعمالاً بالمادة ١٦٩ مدني . ولكن هذا الحمل لا يضير بالطفل فهو من أب بيولوجي وأم حقيقية وينسب الولد للزوج .

الحالة الثانية : فالأمر هنا إجراء خطير من جانب الزوج ولا ينم إلا عن غش وخداع منه للزوجة لاخفاء عقمه . ولكن هنا يكون الابن غير

(١) أنظر : د/ بدران أبو العينين ، حقوق الأولاد فى الشريعة الإسلامية والقانون ، مؤسسة شباب الجامعة ، عام ١٩٨١ ، ص ١٩ - ٢٠ .

(٢) أنظر د/ محمد المرسى زهرة ، المرجع السابق ، ص ٨٦ .

شرعي . والسؤال الذي يطرح نفسه عن بساط البحث ، هل يحق للزوج أن ينكر نسب هذا الطفل إليه بعد هذا العمل .

القاعدة العامة في ثبوت النسب أنه يثبت بالإقرار عقب ولادة الطفل حياً . والفرض الذي نحن بصدده أن الزوج يعلم بكافة الظروف والملابسات حول إنجاب هذا الطفل وسكت عنها ، بل سعي إليها ، أفلا يعتبر هذا السعي والعلم بكل هذه الظروف علي أنه أقر بالنسب لهذا الطفل ؟ .

نذهب مع البعض (٣) إلي أن الإقرار المعتبر إقرار بالنسب هو أن يحدث من الزوج اعتراف بعد ولادة هذه الطفل حيا . وهنا لا يقبل هذا الإقرار النفي بعد ذلك . فكما أن الطفل لم يولد بعد فإن علم الزوج وسكوته عن ذلك لا يعتبر إقرار منا صريحاً أو ضمنياً بنسب هذا الطفل . ومن ثم إذا ولد هذا الطفل حياً فإن الزوج يحق له نفي هذا النسب .

ثانياً : حالة عدم موافقة الزوج :

هل يمكن تصور وجود حمل للزوجة صناعياً بدون موافقة الزوج ؟ يمكن تصور هذا عملاً في حالتين :

الأولي : أن تحصل الزوجة علي بذور ذكرية لزوج آخر وتخفيها عن

(١) إنظر د/ أحمد الغندور ، الأحوال الشخصية فى التشريع الإسلامى ، مكتبة الفلاح ، ١٩٨٥ ، ص ٥٧٢ .

زوجها وتذهب للطبيب لزرعها بداخل رحمها .

والثانية : حصول الزوجة علي بذور ذكرية من جانب الزوج بغرض الفحص والتحليل لكنها في الواقع تريد بها حملاً صناعياً حفية عن الزوج .

ويمكن تفصيل هذا الإجمال كما يلي : -

بالنسبة للحالة الأولي :

ذهب البعض إلي [١] أن ما تفعله الزوجة لا يعتبر زنا ، ولا يحق للزوج إقامة دعوي الزنا ضد الزوجة . ويبرر ذلك بأن ذلك الزنا يقتضي شرعا وقانوناً وجود اتصال جنسي بين الزوجة ورجل أجنبي عنها غير زوجها . أما وأن الاتصال الجنسي منعدم في هذه الحالة ، فلا يعتبر فعل الزوجة زنا ، والذي يكون للزوجة في هذا الفرض أن يطلق زوجته لإرتكابها خطأ جسيم ، ونري أن هذا الطفل يعتبر غير شرعي ولا ينسب إلي الزوج ، وأن فعل الزوجة محرم شرعاً إعمالا للحديث الشريف عن الرسول صلى الله عليه وسلم « أيما امرأة أدخلت علي قوم من ليس منهم فليست من الله في شئ .لن يدخلها جنته [٢] .

وأما عن الحالة الثانية :

(١) فلا مراء أن الطفل من صلب الزوج ، وبالتالي ينسب إليه ،

(١)أنظر د/ محمد المرسى زهرة ، المرجع السابق ، ص ٩٠ .

(٢) أنظر : المغنى لابن قدامة ، جـ ٦٥ ، ص ٣١٤ ، نهاية المحتاج ، جـ ٧ ، ص ١٠٦ .

ولا يستطيع نفي هذا النسب بدعوي إنكار النسب [١] ، وكل ما للزوج - كما ذهب البعض - أن يرجع علي الطبيب المعالج للمطالبة بالتعويض لتوافر شروط المسئولية التقصيرية .

(٢) تمام التلقيح الصناعي في إطار العلاقات الزوجية وأثنائها :

إمعاناً في تحري الدقة الكاملة نحو وضع نظام الإنجاب الصناعي في إطار الشرعية الكاملة يشترط أن يكون التلقيح قد تم بين الزوجين وأثناء الحياة الزوجية ، وذلك حتي لا نتعرض لمشكلات ليست لها حل بخصوص الآثار التي تترتب علي صحة هذا النظام وإجازته ، وخاصة نسب الطفل وميراثه ، وخاصة إذا ما انتهت علاقة الزوجية بالوفاة أو الطلاق [٣] . ولكن قد تعرض بعض المشكلات ، فقد يتم التلقيح

(١) أنظر : المادة ١٢ من القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ ، شروط دعوى النسب .

(٢) أنظر د/ محمد المرسى زهرة ، المرجع السابق ، ص ٨٦ .

(٣) أنظر :

A. Seriaux ; Droit naturel et procereation artificielle : quelle jurisprudence : D.S., 1995 . p. 55 .
Triib . grand . Inst . d creteil . 1 er auot . J.C>P. , 2984 . 2 20321 , note corne : Rev . Trim . dr/Civ., 1984 . p. 708 .

وقد أجاز القضاء الفرنسى للزوجة أن تلقح ببذور ذكرية للزوج بعد الوفاة ، ولكن تعرض هذا القضاء للنقد الشديد . ونرى أن هذا النظام فيه من مخالفة لاعتبارات النظام العام فى الدول الإسلامية ، لأن فى إجازته ما يحول نظام الإنجاب الصناعى من مساعدة فى علاج العقم إلى مجرد رغبة للأرملة فى إشباع غريزة الأمومة فى الحصول على طفل ، وأنه لا داعي للتذرع بالاحتفاظ بذكرى الزوج المتوفى (مشار إليه فى د/ محمد المرسى زهرة ، المرجع السابق ، ص ٩٨ - ٩٩ .

الصناعي للزوجة ببذور ذكرية للزوج وأثناء الحياة الزوجيـة ، ثم يحدث قبل انفصال الحمل طلاق للزوجة أو وفاة للزوج .

ففي الحالة الأولي وهي الطلاق : فلا تأثير مطلقاً علي نسب الطفل لأبيـه ، فالزوج هو الأب البيـولوجي للطفل والأم كذلك . وهذا يفترض الرضاء الكامل بينهما علي النحو السالف بيانه ، كما أن الطفل له وجود في بطن أمه أثناء الحياة الزوجية وأثناء وفاة الزوج المورث . وقد استقر المشرع في المادتين ٤٢ ، ٤٣ من قانون المواريث رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ في مصر علي أن الحمل يعتبر من جملة الورثة إذا تيقن وجوده عند الوفاة للمورث ، وانفصل عن أمه حياً .

(٣) أن يكون الإنجاب الصناعي هادفاً إلي علاج عقم الزوجة :

إن أسباب عدم الإنجاب كثيرة منها ماهو ممكن علاجه ، ومنها ماهو مستحيل علاجه إلا بقدرة من الله العلي القدير ، فالعقم هو عدم القدرة علي الإنجاب نهائياً . ولا علاج له مطلقاً إعمالاً لما ورد في قوله تعالي « لله ملك السموات والأرض يهب لمن يشاء إناثاً ويهب لمن يشاء الذكور ، أو يزوجهم ذكراناً وإناثا ويجعل من يشاء عقيما [١] » .

ويذهب البعض [٢] إلي أنه لا توجد حتي الآن وسيلة طبية للتغلب

(١) أنظر : سورة النور ، آية رقم ٥٠ .

(٢) أنظر : د/ رضا عبد الحليم ، المرجع السابق ، ص ٢٦٥ . د/ محمد سيد طنطاوى ، مسئولية الأطباء ، ندوة عن الرؤية الإسلامية لبعض الممارسات الطبية ، منشور فى مجلة الكويت للعلوم الطبية ، عام ١٩٩٨ ، ص ٣١٧ .

علي هذا العقم ، وما يتبع في بعض الحالات من تناول بذور ذكرية في صورة تبرع أو بيع ، أو زرع للأعضاء التناسلية التي تنتج هذه البذور ، وليس هذا علاج مطلقاً للعقم . أما عدم الإنجاب بسبب ضعف الخصوبة ؛ ووجود مشاكل خلقية أو نفسية تمنع الإنجاب علي هذا المستوي الطبي يمكن البرء منه بأتباع التقنية الحديثة في أصول العلاج الطبي . وهذا هو ما أمرنا به الشرع الحقيقي ، وكما ورد في السنة النبوية عن رسول الله صلى الله عليه وسلم « ما أنزل الله داء إلا أنزل له شفاء . وإذا لا يخرج عدم الإنجاب عن كونه مرض يجب التداوي منه . صحيح أنه لا يمس بتكامل الجسد ولا بسبب عطب في بعض أعضائه ، ولكن مضاره تفوق مضار أمراض أخري كثيرة . فهناك الكثير من المشاكل الإجتماعية والنفسية الناتجة عنه مما يبرر وضعه في مصاف الأمراض الجائز التداوي منها .

وقد أكد البعض في الفقه الإسلامي (١) أن الأصل في المرأة أن تكون قادرة علي الحمل ولوداً وهذه هي طبيعتها التي حباها اللها إياها وهيأها بها لإخصاب الحياة ، فإذا كانت عقيماً كان ذلك علي خلاف ماهيئت له ، ولهذا اعتبر الأطباء العقم مرضاً يجب المعالجة منه .

وإذا استقر الأمر علي ذلك العلاج ، فهل يصح شرعاً الكشف عن عورة الزوجة المغلظة لهذا التداوي من عدمه ؟ .

نبادر إلي القول أن القاعدة العامة في هذا الصدد في نطاق

---

(١)أنظر : د/ عبد العزيز الخياط ، حكم العقم فى الإسلام ، بحث وزارة الأوقاف الأردنية ، عام ١٩٨١ ، ص ٩٠٨ .

الشريعة الإسلامية أن كشف عورة المرأة حرام علي المرأة والرجل أيضاً . إلا إذا كانت هناك حاجة إلي العلاج فإذا توافر حسن النية وتقوي الله فلا بأس من كشف العورة فالضرورات تبيح المحظورات .

ورغم هذه القاعدة واستثنائها قصر البعض كشف عورة المرأة من أجل علاج العقم علي مجال أمراض النساء والتوليد فقط وذلك لرفع الحرج الديني [١].

ولكن هذا الإتجاه يصطدم بالواقع التطبيعي ، فمجال أمراض النساء ليس هو المجال الوحيد في الطب الذي يقتضي إطلاع جنس الرجل علي عورة المرأة . فكل فروع الطب تقتضي في حالة العلاج الوقوف علي عورة المرأة ، كما تصادفنا مشكلة لا حل لها إذا كان عدد الطبيبات غير كاف في تخصص أمراض النساء . وقد انتهي مجمع الفقه الإسلامي [١] إلي أن انكشاف المرأة المسلمة علي غير من يحرم بينها وبينه الإتصال الجنسي لا يجوز بحال من الأحوال إلا بغرض مشروع يعتبره الشرع مبيحاً لهذا الإنكشاف . كما أن انكشاف المرأة علي غير من يحل بينها وبينه الاتصال الجنسي يقدر بالضرورة فقط . وأكد المجمع علي عدم جواز الخلوة بين الطبيب المعالج والمرأة التي يعالجها الا بحضور زوجها أو امرأة أخري .

---

(١) أنظر د/ حسام حتحتوت حول إطلاع الجنس على عورة الجنس الآخر فى الممارسات الطبية ، ندوة عن الإنجاب فى ضوء الإسلام فى كلية الشريعة والقانون عام ١٩٩٦ .

(٢) أنظر قرارات مجمع الفقه الإسلامى عام ١٩٩٣ ص ٢٢٨ . وأنظر كذلك : د/ شوقى عبده الساهى ، الفكر الإسلامى والقضايا الطبية المعاصرة عام ١٩٩٠ ، ص ٨٢ - ٨٣ .

٤ - أن يكون التلقيح الصناعي الوسيلة الوحيدة للإنجاب :

لما كان العقم مرضاً فإنه يجب التداوي منه بغرض حدوث الإنجاب الطبيعي ، وذلك لإشباع الرغبة في الحصول علي طفل عن طريق الإنجاب الطبيعي . ويذهب البعض في الفقه [1] إلي أنه يجب الي التفرقة بين وسائل علاج العقم طبياً من ناحية ، والتقليح الصناعي من ناحية أحري . فعلاج العقم بالوسائل الطبية في حالة نجاحها ، يؤدي إلي الشفاء التام منه . ومن ثم إمكانية الإنجاب بالطريق الطبيعي . أما التلقيح الصناعي ، فهو لا يؤدي إلا إل التغلب علي آثار العقم دون الشفاء منه ، ومن ثم يجب تكرار التلقيح الصناعي كلما تجددت الرغبة في الإنجاب ، ويفضل اللجوء إلي الإنجاب الصناعي في كل الأحوال في حالة عدم فلاح وسائل العلاج الطبي في علاج العقم ، فاللجوء إليه أفضل من التبني ، لأن الأخير محرم شرعاً وقانوناً . والأفضل في حالة الإنجاب الصناعي أن الطفل المولود يكون من صلب أبويه ، أما في حالة التبني فإن الرجل ينسب إليه طفلاً من صلب غيره ، مما يؤدي إلي اختلاط الأنساب .

رأينا في الموضوع :

طالما أن الهدف من الإنجاب الصناعي هو معالجة مرض العقم ، وإشباع رغبة والمريض بذلك المرض في الحصول علي طفل شرعي ، نري أن هذا النظام مباح مع وضع الضوابط التالية : -

أولاً : جواز تلقيح الزوجة بذات مني زوجها ، ما دام لم يقم هناك

(١) أنظر د/ محمد المرسى زهرة ، المرجع السابق ، ص ١٠٠ - ١٠١ .

شك في استبداله أو اختلاطه بمني غيره من البشر .

ثانياً : جواز أخذ بويضة من الزوجة التي لا تحمل وتخصيبها بنطفة زوجها خارج الرحم في أنبوب علي أن تعاد البويضة بعد التخصيب إلي رحم الزوجة مرة أخري .

ثالثاً : تحريم تدخل الغير في عملية الإنجاب الصناعي بأي شكل من الأشكال ، فلا يجوز التلقيح بنطفة غير الزوج ، ولا تخصيب بويضة غير الزوجة ، ولا زرع بويضة مخصبة غريبة عن الزوجين . فكل ذلك يدخل في معني الزنا .

رابعاً : تحريم التلاعب بأطوار حياة الإنسان ، فلا يجوز الاستعانة بحيوان ليحل محل الأمل لحمل الجنين فترة الحمل أو بعدها ، كما لا يجوز التلاعب بالجينات الوراثية مثل لون الإنسان وطوله وتحديد نوع الجنين .

وهذا ما يمكن وضعه في إطار المشروعية الدينية وما ينبغي التعامل عليه حتي يكون النظام مطابقاً للشريعة الغراء .

المطلب الثاني

دور القضاء فى معالجة هذه الظاهرة الاجتماعية الحديثة

تمهيد :

نظراً لحداثة نظام الإنجاب الصناعي كتقنية حديثة في مجال الطب، وعدم إنتشاره بالحد الغالب بين أوساط العامة . فلم يوجد علي حد علمنا أن أتيح للقضاء المصري أن يدلي بدلوه في هذا الصدد ، ومن ثم تأتي خطة البحث في هذا المطلب قاصرة علي دور القضاء في فرنسا في تأصيل هذه الظاهرة الاجتماعية ، كضرورة ملحة ، إذ أن هذه التقنية على حد بحثنا قد عرض علي القضاء منذ عام ١٩٨٣ وازدادت أحكام المحاكم الدنيا والاستئنائية ، وكان لمحكمة النقض الفرنسية دوراً بارزاً فى حسم هذه المشكلات العميقة .

وسوف نتولى بحث دور القضاء فى مشروعية تدخل الطبيب فى عملية الإنجاب الصناعى بين الزوجين حال الحياة فى **فرع أول** ، ويتناول **الفرع الثانى** : موقف القضاء من عملية الإنجاب الصناعى بعد وفاة الزوج ، وذلك على النحو التالى : -

الفرع الأول

موقف القضاء من مشروعية الإنجاب الصناعى

بين الزوجين حال الحياة

نظراً لانتشار وسائل الإنجاب الصناعى فى فرنسا بصورة واسعة وظهور ما يسمى بالإنجاب الاجتماعى والأم بالإنابة ، فأننا نستعرض أحكام هذا القضاء بالقدر الذى أتيح لنا الاطلاع عليه ، وذلك من خلال محاور ثلاثة هى : الأولى : موقف القضاء من مشروعية تداخل العمل الطبى فى عملية الإنجاب الصناعى ، والثانية : موقف القضاء من تدخل الغير فى عملية الإنجاب الصناعى (التلقيح ببذور ذكرية لغير الزوج) . والثالثة : حق الأب الزوج فى إنكار نسب الطفل الذي يأتى من عملية الإنجاب الصناعى الذى يأتى بالتلقيح بنطفة غير الزوج . وذلك كما يلى :-

أولاً: موقف القضاء الفرنسى من تدخل العمل الطبى فى عملية الإنجاب الصناعى :

لقد وقع تحت بصرنا من خلال استعراض الأحكام الصادرة فى هذا الصدد منذ عام ١٨٨٣ حتى عام ١٩٩٦ ، والتى تدور حول موقف هذا القضاء من مشروعية تدخل الطبيب فى عملية الإنجاب الصناعى . وسوف نعرض لهذه الأحكام كما يلى : -

١ - فى بداية ظهور الإنجاب الصناعى قديماً :

لقد ذهبت محكمة بوردو [١] فى قضية تخلص وقائعها : « أن كل من الزوج والزوجة يعانيان من عدم الإنجاب . فقاما بالذهاب إلى طبيب متخصص فى إجراء تلقيح صناعى . وقد نجح الطبيب فى إقناع الزوجين بضرورة إجراء العملية ، وأكد لها الطبيب أن نتائجها تكاد تكون مضمونة . إلا أن هذه العملية بعد عاماً لم تنجح ، وامتنعا عن سداد الأتعاب المقررة للطبيب وكان مقدارها ٢٥٠٠٠ فرنك ، فأقام الطبيب دعواه أمام محكمة بوردو لإلزامهما بدفع الأجر المتفق عليه مع التعويض . ولكن المحكمة رفضت طلب التعويض مستندة إلى أن الوسيلة المتبعة من الطبيب لمعالجة عدم الإنجاب لا يمكن أن تكون سبباً مشروعاً للمطالبة بالإلتزام ، ولا تؤدى بذاتها إلى معالجة العقم سواء عند الرجل أو المرأة . بل فقط تخلق وسيط بين الزوجين لاستعمال طرقاً صناعية لإتمام الإنجاب الصناعى وهى عملية تتنافى مع قواعد القانون الطبيعى » .

ونخلص من هذا القضاء إلى أن القضاء فى هذا الوقت رفض مشروعية هذا التدخل من الطبيب لمخالفة ذلك لقواعد القانون الطبيعى .

---

(١) أنظر محكمة بوردو مدنى ١٩٨٣/٨/٢٥ مجلة
R. Histoire de la medecine .
وأنظر كذلك رسالة نانت ١٩٧٤ ص ٨٥ - زايد رسالة ليون ١٩٩٠ ملحق ٢٣
واستعلمت هذه المحكمة مصطلح Fecondation بدلاً من insemination ويرر ذلك بعدم وضوح التفرقة الدقيقة بين المصطلحين نظراً لحداثة نظام الإنجاب الصناعى .

٢ - كما ذهبت محكمة إستئناف ليون [١] إلى تأييد حكم لمحكمة ليون الابتدائية فى قضية تخلص وقائعها « أن السيد X تزوج للمرة الثانية من السيدة y ، بعد وفاة زوجته الأولى ، وكان عمره فى ذلك الوقت ٥٥ عاماً ، وكانت الزوجة الثانية عمرها ٤٥ عاماً . ونظراً لحالته الجسمانيـــة فلم يقترب منها جنسياً إلا بعد سبعة أشهر من زواجها . فرغبت الزوجة فى الأمومة ، ولجأ إلى الطبيب المتخصص فى هذا المجال ، إلا أن الزوجة لم يفلح معها ذلك لعدم فلاح العلاج فى إتمام عملية الإنجاب الصناعى ، فأقام الزوجان دعوى تطليق . واستند الزوج إلى سلوك الزوجة غير الطبيعى فى عدم اتمام واجبات الزواج وهو واجب المعاشرة الجنسية . ورد الزوج علي ذلك بأن الزوجة كانت تعلم حالته قبل الزواج ، فقضت محكمة ليون الابتدائية بالتطليق بين الزوجين للأخطاء المشتركة فيما بينهما ، وقد جاء فى أسباب حكم استئناف ليون أن اللجوء إلى وسيلة الإنجاب الصناعى غير مقبولة وأنها عملية مهينة ، وقالت المحكمة : " Ces procedes humiliant sont de nature excessive et ingrieuse et qu'ils fondent le droit du mari ou divorce malgré le consentement qu'il y a donné " .

أى أن محكمة استئناف ليون أيدت حكم محكمة ليون الابتدائية بالتطليق للأخطاء المشتركة بين الزوجين .

---

(١) أنظر محكمة استئناف ليون ١٩٥٦/٥/٢٨ مشار إليه ، دالوز ٥٦ ص ٦٤٦ .
وأنظر أيضاً :
Rev - Dalloz de droit civil : divorce conditions . no 522 - 13 - avril 1989 , p. 46 .

٢ - في العصر الحديث :

ذهبت محكمة استئناف تولوز [١] إلى أن تدخل الطبيب في إجراء عملية التلقيح الصناعي هو عمل صحيح ، وأن هذه العملية ترتب كل آثارها ونتائجها التقديرية ، رغم ما قد تثيره من مشاكل أخلاقية ودينية . وأنها لا تشكل مخالفة لمبدأ احترام الطفل القادم ، وبالتالي فإن الاتفاق الذي عقد بين الزوجين والطبيب هو اتفاق صحيح في محله وسببه . حيث جاء في أسباب هذا القضاء ما يلي :

" La procreation Artificielle entre epaux . même si elle pose de graves problèmes sur le plan morale au religieux . n'apparaît pas en elle - même comme contraire au princip du respect de l'enfant ,à natire legal sera as - sur de trouver a ses naissance une equilibre parental propoce à son developpement et à son eduction " .

ثانيا : موقف القضاء الفرنسي من التلقيح الصناعي ببذور ذكرية للغير :

لقد أباح المشرع الفرنسي إنشاء مراكز متخصصة في حفظ ودراسة السائل المنوي [٢] . وبالتالي صار هذا النشاط مسموحاً به رغم أنه يثير العديد من المشاكل التي تدينه من حيث نسب الفعل ، وخلق نوع من التناقض بين الحقيقة والقانون . ولم ينشغل القضاء الفرنسي من ثم ببحث مشروعية هذا النظام من عدمه . وقد أتيح الأمر لقضاء محكمة

---

(١) أنظر محكمة استئناف تولوز ١٩٨٧/٩/٢١ الأسبوع القانوني ١٩٨٨ ص ١٠٣١ تعليق E.S. de la marniere .

(٢) تم إنشاء أول مركز لدراسة وحفظ السائل المنوي عام ١٩٧٣ في فرنسا .

تولوز[١] ، وذلك فى أحدى القضايا التى تخلص وقائعها « أن Jean Cloude كان يعيش مع صديقته فى علاقة حرة ، وكان هذا الصديق عقيماً واتفق مع صديقته Ghislain على تلقيحها بنطفة الغير ، وتمت هذه العملية ، إلا أن خلاف ما دب بين الصديقين . فأقام الصديق دعوى ضد صديقته ينكر فيها نسب الطفل الذى أتى إليه بناء على أنه ليس الأب البيولوجى ، وأن رضاءه بعملية الإنجاب ليس معناه التنازل منه عن دعوى البنوة عملاً بالمادة ٩/٣١١ مدنى فرنسى » . فقضت هذه المحكمة بتعويض على المدعى مبلغ مائة ألف فرنك ، رغم استجابتها إلى طلب الإنكار لنسب الطفل وذلك لحرمانه من الأبوة ، ومبلغ ٢٠ ألف فرنك للأم لما سببه الصديق لها من معاناة . وأستأنف الصديق والصديقة هذا القضاء . فعدلت المحكمة الاستئنائية هذا القضاء بالغاء الحكم بالنسبة لتعويض الأم ، وذلك استناداً إلى أنها مسئولة مع المدعى . ولم يقنع الصديق بحكم المحكمة الاستئنافية . وطعن بالنقض على هذا القضاء ، وقد أتيح لمحكمة النقض الفرنسية ، [٢] أن تدلو بدلوها فى هذا الصدد حيث جاء فى أسباب هذا الطعن « يتعين تأييد الحكم المستأنف ، حيث أن الصديق الذى وافق على هذه العملية . واعترف بالطفل برغم أنه ليس ابنه ، فإنه يتحمل فى مواجهة الطفل والأم بالالتزام بالتصرف كأب للطفل ، خاصة فى معاونة هذا الطفل على مواجهة مستقبله . وأن

---

(١) أنظر محكمة استئناف تولوز ٢١ / ٩ / ١٩٨٧ وأنظر تعليق Colette Douget ، مشار إليه فى دالوز ١٩٩٠ ، ص ٣٣٦ .

(٢) أنظر : نقض مدنى فرنسى :

La cour de cassation - 10 juill 1990 . T.G.I. de Bobigng 18,1 , 1990 .

محاولة التخلص من هذا الالتزام لا شك أنه يريد بالضرورة ضرر مادى ومعنوى يحق معه تعويض هذا الطفل [١] .

ثالثاً : مدى حق الزوج فى انكار نسب الطفل الذى يأتى من نطفة غيره :

لقد عرض الأمر على القضاء الفرنسي وبالتحديد محكمة (Bobigng) [٢] . ونظراً لأهمية الاتجاه الذى خلصت إليه أحكام القضاء فى هذا الصدد وهو إنكار الحق للأب فى نفى نسب الطفل الذى ولد ببذور ذكرية لغيره ، فإننا نعرض لوقائع هذه القضية ، ثم تعقيب محكمة الاستئناف فى باريس على هذا القضاء .

الوقائع : اتفق زوج عقيم مع زوجته علي تلقيحها صناعياً بنطفة غيره ، ثم تمت العملية بنجاح وحملت الزوجة ، وولد الطفل ، ثم حدث خلاف بين الزوجين لجأ على أثره الزوج فى خلال مدة الستة أشهر التالية للولادة بدعوى إنكاره لنسب هذا الطفل ، وأسس الزوج دعواه أمام هذه المحكمة على أن زوجته كمانت على علاقة برجل آخر فترة الحمل ، وأنه لم يرى الزوجة بعد حدوث عملية التلقيح الصناعى . ومن ثم فإن الطفل يكون قد أتى من علاقة طبيعية مباشرة مع رجل آخر ، وأنه يلجأ إلى

(١) أنظر تعليق :

Callette Saugot . Y . C . V . 1990 p. 215 .

(٢) أنظر :

La cour d'appel de Paris 29 - 5 , 1991 .

وكذلك تعليق :

A Lain Seriaux , J ,C.P. 1992 - 11 - p. 212 .

طلب تحليل لإثبات عدم البنوة للطفل ، كما أنه لايعتبر متنازلاً عن دعوى الإنكار لرضائه السابق بعملية الإنجاب الصناعى حيث أن المشرع الفرنسى فى المادة ٩/٣١١ مدنى لا يجيز هذا التنازل . وتمسك دفاع الزوجة ، بالرضاء السابق من المدعى لعملية الإنجاب الصناعى ، وبالتالى يسقط حقه الإنكار ، كما أن مصالح الطفل الذى سيولد بحجة هذه الموافقة والرضاء السابق سوف تتعرض للخطر » .

وبعد استعراض المدعى والمدعى عليه أسانيد الدفاع حكمت هذه المحكمة « برفض دعوى الزوج وجاء فى أسباب هذا القضاء » حيث أن طلب الزوج قد تتوافر فيه الشروط الشكلية الواردة فى المادة ٣١٦ مدنى ، فإن طلبه يكون مقبول شكلاً . أما عن الموضوع ، فإن الدعوى المطروحة لم تعد الآن من دعاوى حالة الأشخاص ، وبالتالى فهى ليست من النظام العام ، ويتضح من ثم أن رضاء الزوج بتلقيح زوجته صناعياً بنطفة الغير ، لا يمكن فرضه على أنه تنازل عن كل دعوي لاحقة للإنكار ، ثم أن طلب التحليل الذى تمسك به المدعى فلا يمكن الوقوف عليه لأنه ليس هو الأب البيولوجى للطفل . ومن ثم فإن الزوج الذى إرتضى تلقيح زوجته بنطفة الغير ليس له أن يعود مرة أخرى وينكل عن هذا الرضاء دون باعث قوى على ذلك . وبالتالى فإن دعوى الزوج تكون غير مؤسسة موضوعياً » .

ولكن المدعى لم يرتضى هذا القضاء سلفاً ، وطعن عليه

بالاستئناف أمام محكمة استئناف باريس [١]، وقدم المستأنف طلبات جديدة تؤكد أن هذا الطفل المراد نفى النسب له نتج من علاقة طبيعية مباشرة مع الزوجة وآخر . وطلب التأكيد باللجوء إلى التلحيل لإثبات ذلك ، وبالفعل حكمت محكمة استئناف باريس بقبول طلبات المستأنف وقضت بنفى نسب الطفل إليه . وجاء فى أسباب هذا القضاء « حيث أن اجراء تلقيح صناعى للزوجة برضاء زوجها عن طريق بذور ذكرية للغير ، فإن ذلك يهدف إلى خلق أبوة بالإنابة بالإرادة المشتركة لهما ، وبالتالى فإن ذلك يعدل من محتوى الأبوة ، بل ويفترض التوفيق المناسب مع الحق فى إنكار الأبوة ، بحيث أن اثبات البنوة لم يعتمد فقط على الأب البيولوجى » .

الفرع الثانى

موقف القضاء من الإنجاب الصناعى بعد وفاة الزوج

نظراً لأن مساحة هذا البحث غير كافية لعرض كافة الأحكام التى طرحت على ساحات القضاء فى هذا الصدد بين مؤيد ومعارض لها . فقد انتصر الرأى فى النهاية إلى أغلبية الأحكام التى رفضت هذا النوع من الإنجاب . وقد أتيح لنا من خلال حكم يعد حديث نسبياً فى عام ١٩٩١

(١) أنظر : تعليق على الحكم :

Bergouniou - N - " dr l'insemination artificielle - poste mortem " à propse d'un jugement de tribunal de grande instance de toulouse Mars 1991 - Les petits affiches 26 , Avril 1991 - n° - 50 - p. du 26 Mars 1991 .

لمحكمة تولوز (١) ، فإننا نعرض وقائع هذه القضية ، وحجج الخصوم وما انتهت إليه هذه المحكمة .

الوقائع وحجج الخصوم فيها :-

« كان السيد / Michel Gallan متزوجاً من السيدة / Claire Gallon ثم أصيب الزوج أثناء الحياة الزوجية بمرض فى الخصية استدعى علاجه بالأشعة ، فذهب هذا الزوج إلى مركز حفظ ودراسة السائل المنوى .C.F.C.O وطلب سحب عينات من السائل المنوى (٢) بموجب عقد إتفاق مع هذا المركز فى عام ١٩٨٥ ، ثم عاجلته المنية فى عام ١٩٨٩ حيث أصيب بمرض نقص المناعة . وفى ١٩٨٩/١١/٢١ تقدمن أرملته إلى المركز سالف الذكر طالبة منه تسليمها هذا السائل المنوى المحفوظ لديه فرفض المركز هذا الطلب . فأقامت هذه الدعوى واستندت فى طلباتها إلى أساسين هما : -

الأول : الاستناد إلى المبادئ العامة فى قانون الأشخاص ، حيث ذكرت المدعية أن تسليمها هذه البذور الإنجابية ليس محظور تشريعياً أو لائحياً ، كما أن رغبة الزوجة فى الإنجاب هو من الحريات الفردية التى يتعين تقديرها بالاحترام . أما وقد لجأت إلى القضاء ، فأنه يتعين على هذا القضاء الدفاع عن هذه الحريات .

(١) أقصى مدة يحفظ بها السائل المنوى عشر سنوات ، مشار إليه فى جازيت دى باليه ، ١٩٩٣ ، ص ٥١٤ ، تعليق على حكم نانتيز الابتدائية عام ١٩٨٨ .

الثاني : الاستناد إلى قانون العقود :-

لقد أبرم اتفاق بين زوجها المتوفى وبين المركز لحفظ السائل المنوى . ومن ثم فهى تتمسك بنص المادة ١١٢٨ مدنى التى تصل إلى أن حيازة المركز للنطفة الذكرية لزوجها حيازة خارج الإتجار القانونى . وبالتالى فإن هذا العقد يكون باطلاً . ولا يسرى العقد فى مواجهتها . كما أنه فى حالة الحكم بصحة هذا الإتفاق ، فإننا نستخلص من ذلك اشتراط لصالح الغير ، فهى المتلقى الطبيعى لهذه النطفة حيث أنها مسحوبة من زوجها .

وقد تصدى دفاع المركز لطلب رفض المدعية وعدم أحقيتها فى ذلك الطلب ، واستند فى ذلك إلى أساسين : -

الأساس الأول : أن عقد الاتفاق الوارد بين الزوج المتوفى وبين المركز فى عام ١٩٨٥ يتضمن شرطاً واضحاً وصريحاً « ... استعمال مائه بشرط وجوده ورضائه عند الاستعمال » ، وأنه عملاً بالمادة ١١٣٤ مدنى فإن هذا الاتفاق الصريح المحدد يحظر التلقيح بالنطفة الذكرية إلا عند وجود الشخص نفسه وبرضائه ، ومن ثم وقد توفى هذا الشخص ولم يكن رضائه سابقاً بالتصريح للغير بالاستعمال فإن هذا الشرط يكون قد قطع بعدم أحقية الزوجة فى استلام النطفة الذكرية .

الأساس الثاني : استند دفاع المركز إلى أن الزوج المتوفى قد توفى بمرض نقص المناعة وأنه يحتمل أن تكون هذه النطفة المسحوبة لدى البنك

حاملة لهذا الفيروس ، وبالإضافة إلى ذلك أن استعمال الزوجة لهذه النطفة فيه مساس بالبنوة الشرعية والأمر الذى لا خلاف عليه أن الطفل الذى يأتى نتيجة استعمال هذه النطفة الذكرية ، سوف لا يتمتع بتوازن نفسى . فضلاً عن ذلك أن القانون ١٩٠١ جاء فى المادة التاسعة منه ، وأوجب على أن الشخص وحده هو الذى يقرر أن ينجب طفلاً من عدمه .

المحكمة :

حكمت المحكمة بعد سرد الوقائع والرد على حجج وأسانيد المدعية والمركز المدعى عليه إلى رفض المدعية باسترداد البذور الإنجابية للزوج المتوفى وألزمت المركز المدعي عليه فى خلال ثلاثة أشهر من تاريخ الحكم .

ونعتقد أن هذا القضاء قد وازن بين قواعد العدالة العقدية والقانونية ، فإننا أمام صراحة اتفاق وشرط صريح واضح بالعقد المبرم ما بين الزوج والمركز الذى اشترط فيه وجود الشخص لحظة التلقيح بالبذور الذكرية . فهذا الاتفاق الصريح لا يدع مجالاً للشك فى حسم مسألة عدم جواز التلقيح الصناعى بعد الوفاة ، فالهدف من الإنجاب الصناعى ليس اشباع للرغبة فى الأمومة أو الحاجة الجسدية ، وإنما هو وضع حل لمشكلة العقم عند الزوجين حال الحياة . فطالما الغرض منه العلاج فإنه يجب أن تدور العلة مع المعلول وجوداً وعدماً ، وبالتالى يكون هذا القضاء صائباً فيما اتجه إليه فى هذا الحكم سالف البيان .

المطلب الثالث
دور التشريع الوضعي في معالجة ظاهرة الإنجاب الصناعي

تمهيد :

إن المتتبع لدور المشرع الوضعي في معالجة ظاهرة الإنجاب الصناعي ، التي فرضت نفسها علي الواقع . يجد أن كل دولة من الدول التي عالجت هذه الظاهرة اتخذا من وسائل التشريع الوضعي ما يكفل وضع الضوابط المنظمة لتلك الظاهرة الجديدة . ونحمد الله سبحانه وتعالي علي بعد التشريع الوضعي في مصر . حيث يحكمنا قواعد الدين فالمجتمع بطبيعته مجتمعاً دينياً . فلم يتناول المشرع الوضعي أية نصوص أو لوائح بخصوص تنظيم هذه العملية . ولكن أتيح لنا الإطلال علي التشريع الوضعي في البلاد الأوربية التي هي مهد ظهور هذا النظام الجديد . وهذه الدول ذاتها انقسمت بين التقييد والإطلاق في معالجة ظاهرة الإنجاب الصناعي بصفة عامة . ومن ثم يقتصر البحث في هذه التشريعات الأوربية فقط دون التشريع المصري . وتأتي خطة الدراسة في هذا المطلب متناولة البحث في محورين : يتناول **المحور الأول** : موقف التشريعات الأوربية من الأخذ بالظاهرة الإجتماعية الجديدة بصفة عامة .

ويتناول **المحور الثاني** : موقف تلك التشريعات من نظام الحمل لصالح الغير .

المحور الأول : موقف التشريعات الأوربية من إباحة الإنجاب الصناعي بصفة عامة المشكلة التي دعتنا لايضاح موقف هذه التشريعات

تكمن في إختلاف كل تشريع بما تضمنه من قواعد مقيدة لنظام الإنجاب الصناعي . فيأتي التشريع الفرنسي في المادة ٢/١٥٢ المضاف إلي قانون الصحة العامة « ... يثبت الحق في طلب الإنجاب الصناعي للأزواج . ولأى رجل وامرأة بإثبات قيام الحياة المشتركة بينهما لمدة سنتين خلت علي الأقل » .

ومن ثم فإن المشرع وضع قاعدة إباحة لطالبي الإنجاب الصناعي سواء للأزواج أو غيرهم من الأصدقاء وكل ما ورد من شرط هو إقامة حياة مشتركة مدة سنتين سابقة علي الأقل . وتابع المشرع في هذا النص ضرورة رضاء الرجل والمرأة علي هذا التلقيح الصناعي ، وأما عن التلقيح بمساعدة الغير ، فإن المادة ١٠ من القانون ٩٤/٦٥٣ تشدد في شكل الرضاء الصادر من الزوج أو الصديق . فاشترط أن يكون في شكل رسمي ويحاط بالسرية . وأن يتم أمام قاضي المحكمة الإبتدائية . أو أمام الموثق بعد إعلام الرجل بكل الآثار المترتبة علي هذا الرضاء . ولا يجوز الرجوع في هذا الطلب إلا في الشكل الكتابي فقط لا غير [(١)] .

بينما ذهب المشرع الألماني [(٢)] من المادة ٣/٤ من القانون الصادر في ١٩٩٠/١٢/١٣ علي أنه « يحظر تخصيب أي بويضة بنطفة رجل

(١) أنظر المرسوم الوزارى الصادر من وزير العدل الفرنسى رقم ٢٢٣/٩٤ الصادر فى ١٩٩٥/٢/٢٤ والذى أضاف م ١١٥٧ / ٢ لقانون الإجراءات المدنية حيث أوضح طرق التعبير للتراضى بشكل رسمى .

(٢) أنظر المجموعة الدولية للتشريعات الصحية ، ١٩٩١ ، ص ٦٢ .

مستوفي » . ومن هذا النص نري أن المشرع الألماني لم يحظر الإنجاب الصناعي بين الزوجين أو الأصدقاء . ويشمل النص حالتي التلقيح المباشر أو التخصيب خارج الرحم . بينما استبعد التلقيح بعد الوفاة .

علي أن أشهر القوانين إباحة لهذه الظاهرة الجديدة هو القانون الأسباني رقم ٣٥ لسنة ١٩٨٨ (١) . حيث ورد نص المادة ١/٦ « كل امرأة يمكنها أن تتلقي الوسائل المنظمة من وسائل الإنجاب الصناعي بشرط أن يثبت رضائها الحر المستنير المكتوب وألا يقل عمرها عن ١٨ سنة . وتتمتع بأهلية أداء كاملة » .

وإمعاناً من هذا المشرع . أوجب في الفقرة الثانية من ذات النص « يجب أن تعلم المرأة التي ترغب في اللجوء إلي هذه الوسيلة كل المخاطر المحتملة عليها وعلي الطفل قبل الولادة » .

ثم يأتي التشريع النرويجي (٢) . وقصر المشرع وسيلة الإنجاب الصناعي علي المتزوجين فقط . وحظر التبرع بالبويضة . كما حظر التجارب علي البويضة المخصبة ويتضح من استعراض هذه التشريعات الوضعية أن كل مشرع أباح بشروط معينة عملية الإنجاب في كل صورها وأيا كان المستفيد منها. بينما قيد الأخر هذه العملية ووضع لها شروط .

---

(١) أنظر : عرض موقف القانون الأسبانى والديباجة ص ٩ ، الأعمال التحضيرية للقانون الفرنسى من الجمعية الوطنية رقم ٢٥٨٨ - ص ٩٣ .

(٢) أنظر القانون رقم ١١٥ الصادر فى ١٩٩١/٣/١٤ ، منشور فى الملحق الثالث للقانون ، المجموعة الدولية للتشريعات ، عام ١٩٩٢ ، ص ٨٦ .

المحور الثاني : موقف التشريعات الأوربية من نظام الحمل لصالح الغير :

يعرف هذا النوع من الإنجاب بأنه قيام المرأة بحمل جنين ليس بمني زوجها لصالح امرأة أخري . علي أن تتنازل عنه لصالح هذه الأخيرة بعد ميلاده [١] . ويطلق علي هذا النوع من نظم الإنجاب الصناعي « إيجار الأرحام » . وفي هذا المقام لا يهمنا بقدر كبير عما إذا كان هذا الحمل تم تطوعاً أو تبرعاً أو بمقابل . وفي حدود ما تم الإطلاع عليه في التشريعين الأمريكي والفرنسي . وسوف نعرض لموقف كل منهما كما يلي : -

١- موقف التشريع الأمريكي : -

تعتبر الولايات المتحدة الأمريكية الدولة الرائدة في مجال الإنجاب الصناعي ، حيث يوجد بها العديد من المتخصصين في مجال الصحة العامة والنفسية . ونظراً لأن التشريع من إختصاص الولايات وليس الدولة الفيدرالية . فإننا نجد أن بعض الولايات في أمريكا تعترف بالحمل لصالح الغير والبعض الآخر يحظر هذه الطريقة من طرق الإنجاب الصناعي [١] . وقد عرض علي القضاء في ولاية نيوجرسي قضية تخلص وقائعها : -

(١) يوجد أكثر من تسمية لهذا النوع من الإنجاب الصناعى ، فيطلق عليه التلقيح الصناعى الطبى المساعد أو المساعدة الطبية على الأنجاب ، ورد ذكر هذه التسميات فى مقال روبلين دفيش جاكلين فى المجلة الفصلية للقانون المدنى ، ١٩٨٧ ص ٤٥٧ .

(٢) الولايات التى تبيح الحمل لصالح الغير هى : نيويورك - كنتاكى - نيفادا - كليفرونيا ، والتى تحظر ذلك : نيوجرسى - لويزات - فلوريدا . مشار إليها فى د/ عوض عبد المجيد ، السابق ، ص ٤٢٢ .

« أن الزوج وليم ستيرن كان آخر رجل في أسرته التي أبيدت كلها نتيجة حـــريق . وكان هذا الزوج لم ينجب لفشل علاجه بالطرق الطبية . فاتفقت أسرة هذا الزوج مع امرأة تدعي ماري للقيام بدور الحاملة علي أن ترد الطفل بعد الولادة في مقابل حصولها علي عشر آلاف دولار ثم خضعت ماري للعملية بنطفة الزوج وليم ستيرن . وضعت طفلة صغيرة اسمها سارة .، ونشب خلاف بين أسرة الزوج والأم الحاملة لهذه الطفله . واضطرت الأخيرة الي الهرب بالطفلة . فأصرت أسرة الزوج علي استرداد هذه الطفلة فأقامت الأسرة الدعوي أمام المحكمة بنيوجرسي » .

المحكمـــــة :-

بعد أن عرضت وقائع النزاع أمام محكمة نيوجرسي قررت المحكمة تسليم الطفلة إلي والديها . وذلك استناداً إلي صحة عقد الحمل لصالح الغير . وقد طعنت ماريا علي هذا القضاء أمام محكمة الإستئناف ، ورأت محكمة الأستئناف أن عقد الحمل لصالح الغير باطل . لأنه يهدف لإلـــزام امـــرأة بالتنـــازل عن حقوقهـــا كأم علي طفلها الذي لم تحمله بعد [1] » . وخلصت المحكمة الإستئنافية إلي توزيع السلطة الأبوية علي الطفلة بين الأبوين البيولوجيين .

٢- موقف التشريع الفرنسي :

لقـــد انحـــاز المشرع الفرنسي في القانون الأخير الصادر في ٧/٢٩ / ١٩٩٤، نحـو الإتجاه المعـارض لهـذه الوسـيلة من وسـائـــل

الإنجاب الصناعي . وأضاف المشرع في هذا القانون إلي الباب الأول في الكتاب الأول للقانون المدني الفرنسي تسع فقرات تتعلق بـ « احترام الجسد الآدمي » وأفرد لهذه الحماية وجهان : -

الوجه الأولى : جزاء مدني فقد ورد في المادة ٧/١٦ مدني فرنسي « .... بطلان أي اتفاق متعلق بالإنجاب أو الحمل لصالح الغير » أي أن الجزاء المدني شمل حالتين اتفاق انجاب لصالح الغير . والثاني الحمل فقط . فكلاهما في نظر المشرع باطل بطلان مطلق .

الوجه الثاني : جزاء جنائي قد ورد في المادة ٤/٢٢٧ عقوبات فرنسي « يعاقب كل شخص يتدخل كوسيط ين شخصين وزوجين راغبين في تحقيق حمل لصالحهما . وامرأة ترغب في الحمل ، بغرض تسليمه لهما أدلة بعد الميلاد وذلك بالحبس لمدة سنة والغرامة التي تقدر بمبلغ مائة ألف فرنك فرنسي » .

وأضاف المشرع ظرف مشدد للعقوبة في حالة عود الوسيط أو كان الحمل لصالح الغير بقصد الكسب . وفي هذه الحالة تضاعف العقوبة سالفة الذكر .

---

(١) أنظر : التعليق على هذا الحكم : روبلن دفيش جاكلين - مقال فى المجلة الفصلية للقانون المدنى ، ١٩٨٧ ، ص ١٥٢ ، حيث ذكر أن القاضى قد حكم ابتداء فى ابريل ١٩٨٧ بأحقية الزوج وليم ستيرن بحضانة الطفلة مع حقه فى زيارتها مرتين كل أسبوع .

وعاقب المشرع علي الشروع في هذه الأفعال سالفة الذكر . ولكن البعض ينتقد موقف المشرع الفرنسي في هذا النص [١] . يبدو أن المشرع الفرنسي جرم الفعل في حالة الوساطة في الحمل لصالح الغير فقط . ومن ثم يخرج من عداد التجريم إذا تم الحمل مباشرة بالإتفاق بين الأم الحاملة والأب البيولوجي دون وجود الوسيط .

(١) أنظر د. رضا عبد الحليم ، الرسالة السابقة ، ص ٤٣٨ .

الفصل الثاني

عقد الإنجاب الصناعي

تمهيد:

لقد أصبح الإنجاب الصناعي ظاهرة إجتماعية حديثة فرضت نفسها علي بساط البحث القانوني . وذلك لإقبال الكثير علي هذا النظام . وخاصة الغير قادرين علي الإنجاب ، فحب البقاء والحياة والمحافظة علي النوع هدف قائم لدي الإنسان حتي يوم الدين . ونظراً لأن الأمور لا تسير بسهولة عند الرغبة في اللجوء في هذه الوسيلة من أجل الحصول علي طفل . بل قد يعتريها بعض الصعوبات فالقضية تبدو ببساطة في أحد الفروض أن الزوجين يريدان طفلاً.وهما متحدان في الصفة البيولوجية فالأمور تستدعي تداخل الطبيب المعالج أو المركز المتخصص لتحقيق مشروع العلاج . ويزداد الأمر صعوبة عندما نلجأ إلي أحد مراكز حفظ ودراسة (سائل منوي لسحب عينات من البذور الذكرية ، كذلك الحال في حالة الإستعانة بأم حامل تتولي الحمل لوجود عيب في الأم البيولوجية (الحمل لصالح الغير) -كل هذه الأمور تنتج عن اتفاقات [١]. بعضها تكون في مواجهة المركز المتخصص في العلاج وحفظ ودراسة السائل المنوي . والبعض الآخر يكون في مواجهة الوسيط الذي قام بعملية الإنجاب والحمل لصالح الغير . ولما كانت هذه الإتفاقات ينتج عنها علاقات عقدية تعالج الكثير من المشكلات الهامة بين الأطراف في هذه العملية ، وموضوع هذه العلاقات التعاقدية ليس بالضرورة مشروعاً إذا نظرنا إليه من خلال شروط المحل في العقد علي

---

(١) أنظر د/ محمود جمال الدين زكي ، مصادر الإلتزام عام ١٩٧٧ ص ١٠ - ١١ « أن كل إتفاق عقد وليس كل عقد اتفاق » . د/ رضا عبد الحليم ، الرسالة السابقة ، ص ٤٩٣ « يطلق عليها سلسلة العقود العقود الطبية وغير الطبية » .

النحـو الـوارد في المادة ١١٢٨ مـدني فـرنسي والمادة ١٣٥ مـدني مصري [١] . ومن هنا بدأت هذه الفكرة تراودنا منذ بداية البـحث في حقيقة هذه العقود التي يحويها نظام الإنجاب الصناعي بصفة عامة وهي محور هذا البحث . ومن ثم تأتي خطة البحث في هذا الفصل مقسمة إلي ثلاثة مباحث رئيسية .

يتناول **المبحث الأول** العقد المتصور بين راغب الإنجاب الصناعي ومركز حفظ السائل المنوي . ويتناول **المبحث الثاني** العقد الذي يربط بين الطبـيب أو المتـخـصص والمريض الراغب في الإنجـاب الصناعي ، ويتناول **المبحث الثالث** : العقد المتصور في حالة الحمل لصالح الغير سواء بين الوسيط والأطراف والأم الحامل .

وسوف تتولي هذه الدراسة علي النحو التالي :

---

(١) ينكر البعض وجود عقد في مثل هذه الإتفاقات وإنما هو مجرد تفاهم بين الأطراف علي وضع معين لجسم الإنسان خارج عن دائرة التعامل . مشار إليه في هامش ٣٥٧ د/ محمد المرسي زهرة ص ٢٦٥ .

المبحث الأول

العقد بين راغب الإنجاب الصناعي ومركز حفظ السائل المنوي

تمهيد :

نظراً لشيوع مراكز حفظ ودراسة السائل المنوي سواء في الدول الأوربية وبعض الدول الإسلامية [١] وتزايد إقبال راغبي الإنجاب الصناعي علي هذه الوسيلة حتي يتحقق الحلم لهم في الحصول علي طفل . ومن هنا تبدأ فكرة العقد الذي يربط بين المريض وهذه المراكز المتخصصة في حفظ ودراسة السائل المنوي . وما هو التكييف الصحيح لهذه العلاقة التعاقدية ؟ . وهل هذا العقد مشروع ؟ .كل هذه التساؤلات سوف نتولي الإجابة عنها كل في مطلب خاص كما يلي :

---

(١) أنظر د/ محمد البار - طفل الأنبوب ، المرجع السابق { البروتوكول المقترح لتنظيم مراكز التلقيح الصناعي في البلاد الإسلامية . والذي تطلب أن تتوافر في هذه المراكز الشروط الواجبة عند تسجيل المستشفي الخاص من مواصفات عملاً بأحكام القانون ٥١ لسنة ١٩٨١ بشأن المنشآت الطبية . وطالب د/ حمدي السيد نقيب الأطباء في مقاله نشرت بجريدة الأهرام المسائي في ١٩٩٥/٧/١١ بأن يكون لنقابة أطباء مصر حق الضبطية القضائية لمراقبة هذه المراكز المتخصصة في مصر .

المطلب الأول
التكييف القانوني للعقد المبرم بين المريض ومركز حفظ السائل المنوي

١- التكييف القانوني واهميته :

يقصد بالتكييف القانوني للعقد بصفة عامة - إعطاء الوصف الصحيح للعقد بداية قبل الدخول في موضوع النزاع [١] . ويقوم القاضي بهذه العملية المتصلة بالنزاع المفروض من تلقاء نفسه دون ما طلب من الخصوم . ويتولي القاضي هذه المهمة بإجراء مقابلة بين الآثار التي اتجهت اليها نية المتعاقدين المشتركة حسبما ورد في عبارات العقد وبين الطبيعة المجردة للعقد كما نظمه المشرع . وبالتالي فإن هذه المسائل تعتبر من مسائل القانون التي تخضع لنطاق الرقابة القانونية التي تباشرها محكمة النقض علي قاضي الموضوع وتتضح أهمية هذا التأمين القانوني للعقد في الوقوف .. هل هو عقد مسمي نظمه المشرع ووضع له أحكما معينة ومحددة تطبق عليه .. أم هو عقد غير مسمي ، فيطبق في شأنه القواعد العامة في الإلتزامات .

وفي خصوص ما نتناوله في هذا المطلب . فإن مركز السائل المنوي يتعهد بموجب اتفاقات مع عملائه إما بحفظ البذور الذكرية . أو حفظ بويضات مخصبة . أو إعادة تسليم البويضات لراغبي الحمل عن طريق الإنجاب الصناعي . كل هذه الإتفاقات تثير علاقات عقدية . فما هو التكييف القانوني الصحيح للعلاقة بين مركز الحفظ والمريض في خصوص حفظ السائل المنوي أو حفظ البويضات الملحقة ؟ .

---

(١) أنظر د/ عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط جـ ١ ص ١٥٤ ، د/ عبد الودود يحيي مصادر الإلتزام العام عام ١٩٨٧ ص ٣٧ . د/ حمدي عبد الرحمن ، مصادر الإلتزام ١٩٩٦ ص ٧٨ ، محمد لبيب شنب ، دروس في مصادر الإلتزام ١٩٨٩ ص ٩٠ .

الطبيعة القانونية للعقد :

لقد تنازع الإجابة علي حقيقة هذا العقد اتجاهين : -

الإتجاه الأول : - يري أن العقد هو عقد وديعة [١] وأثير هذا الإتجاه في أحد القضايا التي عرضت علي القضاء الفرنسي في قضية شهيرة في عام ١٩٨٤ أمام محكمة Cretiel وتخلص وقائعها :" أن أرملة تدعي / باربرا أقامت دعوي أمام محكمة كريتي ضد أحد مراكز حفظ ودراسة السائل المنوي طالبة فيها إلزام المركز بإجراء عملية تلقيح لها بالبذور الذكرية المحفوظة لديها لزوجها المتوفي .

وفي حالة رفض المركز إلزامه بتسليم هذه العينات إلي الطبيب الذي تحدده المدعية في الموعد الذي يحدده الطبيب المعالج لها لإتمام عملية التلقيح الصناعي لها . وأسست هذه الدعوي علي عقد الوديعة فزوجها قبل وفاته أودع بذوره الذكرية في هذا المركز . ومن ثم فقد نشأت بينهما عقد وديعة عملاً بالمواد ١٩١٥ ، ١٩٣٩ مدني فرنسي . والتي توجب علي المودع لديه رد الوديعة إلى ورثة المودع في حالة وفاة الأخير» .

حيث قال محاميها :

nous etion sealement obliges de saigner le malade . celui-ci.,disparu , les obligatins - contrat tonbent ".

وتمسك بأن هذه البذور الذكرية لدي زوج المدعية لا تعدو أن تكون سوي إفرازات للجسم البشري وليس جزء منه . فقد وضع في المركز مثل أي شئ قابل للإيداع . وبالتالي فهو مثل الوديعة يتعين رده إلي الورثة

(١) رأي محام المدعية في هذه الدعوي ويدعي : Palay - Vincent أمام محكمة كريتي

في حالـــة وفاة المودع وأنه لا يجوز للمركز المدعي عليه أن يرفض هذا الرد [١] .

الإتجاه الثاني : - يري أن العقد عقد علاج طبي [٢] فالعقد الذي أبرم مع الزوج للمدعية له هدف أبعد وأخطر هو أنه يؤدي الإمكانية الإنجابية لمريض مدة تلقي العلاج لكي يستطيع الإنجاب بعد ذلك فالمريض يدخل إذن في علاج طبي للإنجاب . وليس حفظ البذور الذكرية إلا أحد مراحل هذه العملية ، ومن ثم فإنه يقترب من عقد العلاج الطبي وارتكن هذا الإتجاه إلي عدة أسباب هي : -

١ - أن إفرازات الجسم البشري لا يمكن أن تكون بمثابة الأشياء العارية فالجسم ليس ملك الشخص .

٢ - أن الزوجة المدعية وإن كانت من ورثة الزوج المتوفي فإنه لا توارث في جسم الإنسان ، فلا يتصور أنه يكون الجسم أو نتاجه محلاً لحق الملكية وأعمال قواعد الميراث .

٣ - أن المركز المتخصص في حفظ السائل المنوي ودراسته ليس بنكاً . وإنما هدفه هو حفظ البذور الذكرية بغرض العلاج الطبي- وعقد العلاج هذا يقترب من الحفظ . فهو وإن كان الآخير له طبيعة خاصة إلا أنه يقترب من العقد الطبي في العديد من الخصائص هي ... أنه عقد رضائي ملـزم للجانبيـن - عقد معاوضه - غرضه العلاج - قائم علي الإعتبار الشخصي . وكما عبرت عنه محكمة تولوز

---

(١) أنظر : Robert - J - " la revaulation biloogie et Genetique , face aux .... " R . D . C . 1984, p. 1969 .

(٢) أنظر : حكم محكمة تولوز الإبتدائية الصادر في ٢٦ / ٣ / ١٩٩١ منشور في الأسبوع القانوني ، قضاء عام ١٩٩٢ رقم ٢١٨٠٧ - تعليق Philippe pedrot .

le contrat passè entre ALAIN et cecos n'etait pas un - " contrat très particulier , proche du contrat medical . "

كل هذا يبرر انتفاء صفة الوديعة عن هذا الحفظ . لأن هذا العقد مرتبط بالغاية العلاجية للعملية ذاتها . وهي علاج العقم . فإذا توفي المريض ولم تعد هناك حاجة إلي هذا العلاج فإن الإلتزامات الملقاة علي عاتق البنك تنتهي ولا مجال للحديث عن وجود أية عقود بوفاة أحد طرفيه ، وبالتالي عدم امتداده للورثة وذلك نظراً للطابع الغائي لهذا العقد وهو العلاج من المرض . ونذكر من أسباب قضاء هذه المحكمة ما يلي : - Affirmer .... "

que l'objet du contrat est le sperme de posé ou le qualifier en fonction de la simple operation de pre levement et de cinservation ne suffisent pas a rendre compte de l'ensemble d'une convention dont la finalite n'est ni ledit jprelevement ne ledite conservation mais l'acte de procreation medicalement assistee envisag par un homme menance de sterilité ......

l'impossitilité de classer ce contrat dans une des categoires légales et la difficulté à le qualifier ne signifi ent ni sa nullité ni son inexistence , le principe du droit français de l'autonomie de la volanté en matière contrac tuelle et son corollaire la liberte des conventions autori sent les partis a imaginer des operation particulieres plus au moins complexes qui ne font pas necessaire ment , l'objet d'une réglementation , les seules limites lé gales sont fixées par l'article 1131 , du code civil ,que vise les obligations sans cause ou sur fausse cause ou sur cause kllicité ....

en l'espece si,dans un prémier temps jl'executiondu contrat exige le prélévement puis la congelation du sperme , ces operations , n'ont d'existence et de sens qu'en fonction du but poursuivi par les parties

,l'insémination artificielles envisagée , des lors l'element fondamental qui caracterise cette conventtion et doit commender sa qualification juridique n'est pas l'aperartion preliminaire de prélévement du sperme mais l'ensemble de la prestation medical destinée à sauve garder les chances de procréation d'un homm dont l'about isséent sera l'isemiation artificielle , tel est le ve ritable objet d'un contrat dont le chose depasse large ment jla seule matière le sperme prelevée .....

وبعد هذا العرض سالف الذكر لابد أن ندلي في الموضوع برأي .

رأينا في الموضوع : -

رغم أن البعض [١] نفي عن هذه العلاقة وجود العقد . وأكد علي بطلانه حيث يلزم لنشأة العقد صحيحاً أن تتوافر أركان انعقاده ، ويلزم لاستمرار هذا العقد بقاء هذه الأركان مستجمعة شروطها حتي النهاية فإذا إجتمعت وقت إبرام العقد ثم زال أحدهما أو زالت شروط صحته انتهي العقد إذا كان ملزماً للجانبين .

لكننا لكي نقف علي طبيعة هذه العلاقة التي تؤكد نشأة عقد بين المريض والمركز المتخصص في حفظ ودراسة السائل المنوي لابد من إجراء مقارنة بين عقد الحفظ هذا وبين ما انتهي إليه الاتجاهين السابقين من أنه عقد وديعة أو عقد علاج طبي . فالأمر الذي لا خلاف حوله أن عقد الوديعة كما عرفه المشرع المصري في المادة ٧١٨ مدني مصري المقابل للماة ١٩١٥ مدني فرنسي «أنه عقد يلزم به شخص أن يتسلم شيئاً من آخر . علي أن يتولي حفظ هذا الشئ وعلي أن يرده عيناً » فمحل عقد

(١) أنظر د/ محمد المرسي زهرة ، المرجع السابق ص ٢٩٩ - ٣٠٣ .

الوديعة هو الشئ المودع الذي يجب أن تتوفر فيه الشروط العامة في المحل الوارده في المواد من ١٣١ - ١٣٥ مدني مصري فلفظ شئ ورد في النص سالف الذكر مطلقاً دون تحديد . والغالب أن يكون الشئ منقولاً (١) وأن الإلتزام الرئيسي هو تسلم الشئ لكن حفظ الشئ المودع هو غرض هذا العقد ومقدار العناية المطلوبة من المودع لديه تختلف في حالة ما إذا كانت الوديعة بأجر أو بدون أجر . ويلزم المودع لديه بالرد للشئ المودع لديه عنده . وعند وفاة المودع فإن الرد يكون لورثة المودع . والأمر الذي لا خلاف عليه هو أن هناك نقاط اتفاق بين هذا العقد وعقد حفظ محل الدراسة . كما أن هناك نقاط إختلاف . وأما عن نقاط الاتفاق فكلاهما يتفقان في الالتزام الجوهري للمودع لديه أو المركز فهما يلتزمان بحفظ الشئ المودع أو البذور الذكرية محل التعاقد . ثم ردها عينا إلي الطرف الآخر في الموعد المحدد وعند طلبها . كما أن العناية المطلوبة في حالة الوديعة بعوض تتفق مع عقد الحفظ وهي عناية الرجل المعتاد ولكنهما يختلفان في بعض النقاط كذلك . أن الوديعة كما عرفها المشرع في البند سالف الذكر محلها شئ ، ويستحيل أن تكون البذور الذكرية شئ قابل للتعامل فيه . كما أن غرض الوديعة هو حفظ الشئ . أما في الحفظ فهو مواجهة حالة المرض الذي يعاني منه المريض أي وضع العملية في إطار تأمين الإمكانيات الإنجابية (٢) وأما عن عقد العلاج الطبي (٣) فإنه يلزم الطبيب بأن يقدم العلاج المقرر للمريض . وأن

(١) أنظر : د./ السنهوري ، الوسيط جـ ٧ عام ١٩٨٩ ، طبعة نادي القضاة ص ٨٧٩ ، العقود الواردة علي عمل لا يمنع أن تكون الوديعة محلها عقاراً كما هو الحال في الحراسة الإتفاقية أو القضائية » .

(٢) أنظر د/ رضا عبد الحليم ، السابق ، ص ٥٠٠ .

(٣) أنظر د/ عبد الرشيد مأمون ، المرجع السابق ، ص ١٩ .

يقوم بالعلاج المناسب المطابق للأصول العلمية . وذلك بهدف نجاح هذا العلاج . ويلتزم المريض بدفع الأجر المتفق عليه ، والمتعاون مع الطبيب ، وينتهي العقد إما بشفاء المريض أو بعدول أحد الطرفين عنه صراحة أو ضمناً أو بوفاة أحدهما . فالعقد قائم علي الإعتبار الشخصي . وعند تطبيق هذه الأحكام علي عقد الحفظ للبذور الذكرية . فإن المركز يلتزم بتقديم الرعاية الطبية للمريض وذلك بغرض علاجة من العقم . ويلزم المريض بدفع الأجر المتفق عليه للمركز والتعاون معه . وينتهي عقد الحفظ بشفاء المريض أو عدول أحدهما أو كلاهما أو موت المريض . ومن هنا يمكن القول أن عقد العلاج يقترب من عقد الحفظ في الإتفاق علي أن الضرورة العلاجية هي الهدف المشترك بينهما . وإن ظهرت بصورة غير مباشرة في عقد الحفظ ، ولكن رغم ذلك فإنه يوجد فروق عديدة بين العقدين . فالتزام الطبيب في عقد العلاج يفرض عليه فحص المريض أولاً ثم وصف العلاج المقرر له . وذلك عكس عقد الحفظ فإن دور المركز يقتصر علي حفظ البذور الذكرية للمريض فقط وأن طلب الإسترداد للعينات بعد وفاة المريض غير مقبولة في عقد العلاج الطبي . حيث أن العملية ترتبط أصلاً بوجود المريض . أما في عقد الحفظ فإن التزام المركز ينتهي بوفاة المريض . وبعد إبراز نقاط الخلافة والإتفاق بين عقد الوديعة والعلاج الطبي وعقد الحفظ للسائل المنوي للمريض فإنه لا ينتمي إلي عقد الوديعة أي ليس عقد وديعة . وكذلك ليس عقد العلاج الطبي . دائما هو عقد من نوع خاص له ذاتية واستقلالية . وبالتالي يعتبر عقد غير مسمي تنطبق عليه الأحكام العامة دون أحكام الوديعة والعلاج الطبي .

المطلب الثاني

مشروعية عقد حفظ السائل المنوي

لما كانت مسألة المشروعية هي التي تجعل العقد مؤكد الوجود صالحاً لترتيب آثاره ، فإننا سوف نعرض لهذه المسألة في مصر وفرنسا لنقف إلي حد يعتبر عقد الحفظ محل الدراسة مشروعاً :

أولا : الوضع في مصر :

نحمد الله تعالي أن المشرع المصري لم يعالج هذا النوع من العقود ولم يطرح بعد علي القضاء المصري أي دعوي بخصوص الإنجاب الصناعي . ولكن من خلال القواعد الواردة في نصوص الدستور والقانون المدني نستطيع أن نستخلص مشروعية ما لعقد الحفظ لهذا السائل المنوي . فالمشرع الدستوري أورد في المادة ٤٣ من الدستور عدم جواز إجراء تجارب طبية علي جسد الإنسان إلا بالموافقة منه علي ذلك . كما أن المشرع الوضعي في القانون المدني وخاصة في المادة ١٣٥ مدني أورد « إذا كان محل ذلك الإلتزام مخالفاً للنظام العام أو الآداب العامة كان العقد باطلاً » من خلال هذا المنظور القانوني نجد أن المشرع المصري وإن كان قد إعترف بصحة بعض التصرفات التي تتخذ محلاً لبعض أعضاء الآدمي مثل التبرع بالدم وقرنية العين . وخصص لها قانوناً منفرداً بذلك هو القانون ١٠٣ لسنة ١٩٦٢ . وتناولتها آراء الفقهاء [1]. فمن حيث

(١) أنظر د/ حسام الأهواني ، المشاكل العملية التي يثيرها زرع الأعضاء البشرية عام ١٩٧٥ ، مطبعة جامعة عين شمس ص ٧٨ ، د/ حمدي عبد الرحمن ، المعصومية للجسد عام ١٩٧٥ ، دار النهضة العربية ص ٩١ ، شوقي عبده الساهي ، الفكر الإسلامي والقضايا الطبية المعاصرة ، ١٩٩١ ص ٢٠٩ . الشيخ / جاد الحق علي جاد الحق ، أحكام الشريعة في بعض المسائل الطبية ، مطبعة جامعة الأزهر عام ١٩٩١ ص ١١٢ .

المحل فقد يكون الإلتزام محله عمل أو الإمتناع عن عمل . وعقد حفظ السائل محله الإلتزام فيه بعمل يقوم به المدين وهو حفظ السائل مدة معينه . ولا يمكن أن يكون هذا العمل مخالفاً للنظام العام والأداب العامه . فالمشرع لم يحرم عمليات التنازل عن بعض نتائج الجسم الآدمي مثل الدم ولبن الأم [١] . فلما لا يندرج حفظ النطفة البشرية تحت هذا الإنتاج البشري .

صحيح أن الإجازة الواردة في القانون ١٠٣ لسنة ١٩٦٢ وردت بنص صريح وعلي سبيل الإستثناء . وأن الإستثناء لا يتوسع فيه أو يقاس عليه . لكن بأي منطق قانوني يبطل عقد الحفظ لمجرد أنه ورد علي بذور ذكرية رغم عدم المخالفة للنظام العام والأداب العامه . فالعقد الصحيح لا يتحول لسبب أو لأخر إلي عقد باطل . لأن البطلان كما عبر عنه البعض [٢] جرثومه تلازم العقد منذ نشأته في حين أن عقد الحفظ نشأ صحيحاً .

وأما عن سبب العقد فإنه لا يعد غير مشروع وذلك انبعاثاً من نصوص دستورية هي نص المادتين ٩ ، ١٠ من دستور جمهورية مصر

---

(١) أنظر د/ أحمد شرف الدين ، الأحكام الشرعية للأعمال الطبية عام ١٩٨٧ ، دار النهضة العربية ، ص ١١١ . وقد أجازت دار الإفتاء المصرية إنشاء بنك لحفظ لبن الرضاعة ، وأكدت علي أنه لا يؤدي إلي تحريم الزواج بين الأشخاص ، هامش ٤٠٢ ، المرجع السابق - أحمد شرف الدين .

(٢) أنظر : د/ محمد المرسي زهرة ، السابق ، ص ٣٠٢ .

العربية الدائم . فالمادة التاسعة تتناول أن الأسرة هي أساس المجتمع ، والعاشرة تتناول كفالة الدولة لحماية الطفولة والأمومة . وهاتين المادتين يمكن أن نستخلص منهما بشكل ضمني أن حفظ السائل المنوي بغرض تكوين أسرة والمحافظة علي كيان المجتمع جائز قانونا . ولن يثبت هذا الحق للأفراد في المجتمع . إلا بالتسليم بوسيلة مشروعة يحفظ للفرد قدراته الإنجابية . مما يبرر مشروعية التصرف الذي يهدف إلي الحفاظ علي هذا الحق من الخطر الذي سيقع في المستقبل . كيفية استعمال هذه البذور الذكرية فيما بعد فهي مشكلة أخري . لا توثر علي سلامة عقد الحفظ .

ونرى أن عقد الحفظ إذن صحيح ومرتب لكل الإلتزامات والآثار في حق طرفية .

ثانيا : فـــي فرنســـــــا :

لقد أتيح للقضاء الفرنسي إبراز مدي مشروعية عقد حفظ السائل المنوي محل الدراسة وذلك في الدعوي التي طرحت علي محكمة تولوز في ١٩٩١/٣/٢٦ والتي سبق أن طرحت في بداية المبحث الأول من هذا الفصل الثاني لهذا البحث . ولا داعي للتكرار منعاً للحشو والتزيد دون مبرر فقد تمسكت المدعية فيها ببطلان الإتفاق المؤرخ ١٩٨٥/١٠/٥ والمحرر بين زوجها والمركز لأن محله شيئا خارج التعامل . أي أن النطفة الخاصة بالزوج المتوفي خارج التجارة والتعامل طبقاً للمادة ١١٢٨ مدي . ولكننا نلاحظ مبدئياً أن المحكمة لم تتعرض مباشرة لواقعة بطلان العقد من عدمه . فالخلاف كان علي تكييف العقد فقط فمن مصلحة الطرفين بقاء الإتفاق صحيحاً ونافذاً في حق الجميع .

ونستشف من تقــــرير المحكمة أن الموضوع بأكمله غير منظـــم لا بالقانون ولا باللائحة . ومن ثم فإن الإتفاق يظل في دائرة المشروعية . وبالتالي فلا يمكن تطبيق قواعد البطلان لمجرد وروده علي أحد إفرازات الجسد البشري . فهناك العديد من العقود التي تمس جسد الإنسان . ولا يمكن أن يتطرق الشك في بطلانها . وذلك مثل العقود الخاصة بالتبرع بالدم والأعضاء الآدمية .

ومن نافلة القول نريد القول أن هذه المحكمة قد إنتهت إلي نتيجة مؤداها :

" par ailleurs , l'insemination artificielle n'étant pas interdite niorgainisee par la loi ou le réglement elle doit être considerée comme licite , en consequence la convention du 8 october 1985 doit être declarée reguliere et valable "

أي أن إتخاذ جسد الإنسان محلاً لعقد من العقود لا يكفي بذاته للحكم بالبطلان المطلق لهذا العقد . ولا يكفي بذاته أن يكون سبباً في هذا البطـــلان . ولكن هل يمكن إثارة عدم مشروعية العقد لإعتبار السبب ؟ (١) .

لا نعتقد ذلك لأن القضاء الفرنسي من خلال الدعوي السابقة ودعاوي أخري لم يتعرض مطلقاً لبطلان العقد . وبالتالي فيكون قد أقر سببه . أي أنه سبب مشروع . لأن السبب هو الدافع الذي أدي بالمريض

(١) أنظر : جازيت دي باليه ١٨/٩/١٩٩٤ ص ٥٦١ .

إلي اللجوء إلي المركز لحفظ السائل المنوي . ويكمن في الحالة المرضية التى عاني منها المريض نتيجة علاجه بالأشعة فيما ينتج عنه عدم القدرة أو الضعف للإنجاب الطبيعي . فقد أوصي الطبيب المتخصص بإجراء عملية الحفظ هذه . أي أن حالة الضرورة وموافقة الطبيب متوافرة . في هذه الحالة لا يثور أدني شك في عدم مشروعية السبب . ومن ثم نري أن عقد الحفظ للسائل المنوي للمريض عقد صحيح وسليم من الناحية القانونية .

المبحث الثانى

العقد بين المريض والطبيب

تمهيد :

لما كان المريض الذى يعانى من عدم الانجاب (علة العقم) الذى يستوجب تدخل الطبيب المتخصص فى هذا العلاج ، يدخل معه فى هذا الإطار علاقات إتفاقية بهدف تذليل صعوبات عدم الإنجاب فان هذه الإتفاقات لابد أن ينشئ عنها عقود ، والذى يستوقفنا عند هذه الاتفاقات أنها تحوى طرفين . اتفاقات بين المريض العقيم . وإتفاقات آخرى بين المتبرع والمريض فى حالة تدخل الغير بذمته الجينية . فما هى العقود التى تنبثق عن مثل هذه الإتفاقات وما تكييفها القانونى ومشروعية كل عقد على حدة . هذا ما سوف نتولى إيضاحه فى مطلبين على النحو التالى .

المطلب الأول

العقد بين المريض والطبيب

لما كان المريض العقيم يلجأ إلى الطبيب المتخصص رغبة منه فى تلقى العلاج من هذا المريض [١] من ثم فإن أفضل وصف لهذا العقد هو أنه عقد علاج طبى . وبالتالى بات لزاماً علينا إيضاح حقيقة هذا العقد ومدى مشروعيته ١ - تكييف عقد العلاج الطبى بين الطبيب والمريض :-

فعقد العلاج هو اتفاق يربط بين الطبيب والمريض العقيم فى مجالات الإنجاب الصناعى يلتزم بموجبه الطبيب أن يقوم بتقديم العلاج اللازم للمريض ، وأن يشمله بالرعاية على وجه فعال وذلك طبقا للأصول الطبيه العلمية . من ثم فهو عقد رضائى تبادلى ملزم للجانبين يغلب فيه العنصر الشخصى . ورغم تشابهه فى خصائصه مع الكثير من العقود التقليدية [٢] فانه يعتبر عقد غير مسمى . لأن هذا التشابه

(١) أنظر محكمة بوردو ١٩٨٣/٣/١٩ والتي رأت أن العقم ليس بمرض ، وأن الأمر لا يعدو أن يكون تدخل وسيط بين الزرجين بغرض مساعدتهما علي الإنجاب . وأنه حتي بعد الإنجاب فإن العقم يظل كما هو ولكننا نري عكس ذلك ، فالأصل المقرر شرعاً هو التداوي بغير المحرم . وأن التداوي واجب إذا ترتب عليه حفظ النسل بعلاج العقم .

وأنظر كذلك : برنامج التلقيح الصناعي وطفل الأنابيب ، نقابة أطباء مصر ١٩٩١ أنه عقد وإقرار النموذج الذي أعد لذلك .

(٢) أنظر : د/ عبد الرشيد مأمون ، المرجع السابق ص ١١٧ عرض النظريات في شأن تكييف عقد العلاج الطبي .

لايفقده الاستقلالية الذاتية (١). فهذا العقد يرتب التزام على عاتق الطبيب بتقديم العلاج بعد وصف الداء ، بغية شفاء المريض أو تخفيف ألام هذا المريض والتزامه . وهذا الالتزام هو فى الأصل التزام يبذل عناية . وليس بتحقيق نتيجة . وعليه أن يتأكد من الحصول على الرضاء الحر المستنير لإمكان تقديم العلاج . واخطار المريض بكل الاحتمالات التى تنتج عن هذه العملية ومخاطرها ونسبة الشفاء من هذا الداء (٢) وأيضاً الالتزام بالحفاظ على سر مهنته بعدم الإفضاء للغير لأيه معلومات وصلت إليه بمناسبه مهنته . وفى المقابل لذلك فان هذا الالتزام على عاتق المريض بالتعاون مع الطبيب لأتمام العملية (٣)، فيجب عليه أن يخطر الطبيب بكل المعلومات حول حقيقه المرض الذى يعانى منه واتباع تعليمات الطبيب . ونحن لاندخل فى تحديد هذه الالتزامات تفصيلا. والذى يعنينا فى مقام هذا البحث هو الوصول إلى تكييف لعقد العلاج الطبى للعقم فى مجال الإنجاب الصناعى .

ونخلص من ذلك إلى أن هذا العقد هو عقد غير مسمى رغم ما أثيره حوله من انتفاء الغرض منه . وهذا هو ما أشرنا اليه فى الهامش من عدم التسليم باعتبار العقم ليس بمرض . فهو مرض يجب

(١) أنظر : د/ السنهوري ، الوسيط جـ ٧ ص ٢٥ ، عقد المقاولة ، المجلد الأول ، حيث يري أن هذا العقد هو عقد مقاولة في ضوء المادتين ٦٤٦ ، ٦٦٦ مدني مصري .

(٢) أنظر : د/ علي حسن نجيده ، التزامات الطبيب ١٩٩٠ ، دار النهضة العربية ، ص ٣٧ - ٣٨ .

(٣) أنظر : الإلتزام بالإفضاح بالمعلومات في العقود ، بحث للمؤلف عام ١٩٩٩ ، دار النهضة العربية ص ٩٠ - ٩١ .

العلاج منه [١]. وإن كان البعض قد ذهب إلى القول [٢] بأن إدخال النشاط الاستثمارى فى مجال العلاج بمصر فى الأونه الأخيره يلقى بظلال من الشك حول حقيقة التكييف سالف الذكر .

٢- مشروعية عقد العلاج الطبي :

لن نجد صعوبة فى إسباغ المشروعية على هذا العقد سواء فى التشريع المصرى أو الفرنسى ... من حيث السبب والمحل لهذا العقد . فالعقد بين الطبيب والمريض يهدف إلى تقديم خدمة طبية لشخص فى حاجة ماسة اليها . ومن ثم فانه يعد سبباً مشروعاً وصحيحاً يجيز هذا العقد . فالهدف كما سبق القول هو تحقيق هذه المصلحه العلاجية للمريض . رغم ما آثيرحول العقم من عدم اعتباره مرضاً حيث رجحنا اعتباره مرض يجب التداوى منه . حيث أنه يؤثر على الصحة النفسية للشخص المعتل إذا ما تم مقارنته بالأصحاء .

---

(١) أنظر : نقض مدني فرنسي ١٩٣٧/٧/١٣ سيريه - ١٩٣٩ - ١ - ١٧ - تعليق بريتون في اعتبار عقد العلاج الطبي عقد غير مسمي وليس عقد مقاولة ، والحجج التي وردت فيه ، أن التزام المقاول دائماً هو التزام بتحقيق نتيجة وليس بذل عناية علي خلاف عقد العلاج الطبي فإن الطبيب يلتزم ببذل عناية . كما أن المقاول يمكن أن يقوم العمل بنفسه أو بواسطة غيره . في حين أن الطبيب يلتزم بنفسه وإن اتخذ مساعداً له . وأن المقاولة تقوم أساساً علي العامل الإقتصادي قبل كل شئ علي خلاف العمل الطبي .

(٢) أنظر : د/ رضا عبد الحليم ، الرسالة السابقة ، ص ٥٢٠ ، هامش ٢ .

أمـا من حـيث المحل . فـرغـم إنه يمس جسـد الإنسـان . لكن هذا المساس لاينال من مشروعـيـة هذا العـقـد . حيث أصبح جسـد الإنسـان محلاً لمعاملات قانونية كثيرة [١] . ومن ثم فيجب البحث عن الهدف من التـصـرف ودوافع الأطراف . وعلى ذلك فـلا يمكن القـول بعـدم مشـروعـيـة التصرف لمجرد أنه يتـعلق بجسـد الأدمى . فطالما كـان هناك توازن وتناسب بين المسـاس الأكيـد والمحتـمل بسـلامة الجسم . فـإن هذا العقـد يكـون مشروعـاً . فطالما كـان الهدف مشـروعـاً فـالعقد نفسـه مشروع [٢].

---

(١) أنظر د / حسام الأهواني ، المرجع السابق ص ٣٧ .

(٢) أنظر د/ رضا عبد الحليم ، الرسالة السابقة ، ص ٧٨ .

المطلب الثانى

العقد بين المتبرع والطبيب

هذا العقد يبدو أنه يثير ظلالا من الشك حول حقيقته . والذى جعل الشك يتطرق اليه هو أنه لايوجد مرض فى حاله التبرع ، فالغير الذى يدخل هذه العملية . يهدف إلى مساعدة العقيم المريض ومن ثم للوهلة الأولى لا ينطبق عليه وصف العلاج الطبى . ولكن بأمعان النظر فى هذه العلاقة كما ذهب البعض [١] إلى أن هناك سلسلة أعمال طبية لابد أن تتم حيث يتم برنامج الإنجاب الصناعى . فالفرض الذى نحن بصدده هو أن امرأة مريضه بالعقم أو لديها عيب وراثى لا يمكن معه الإنجاب فتتدخل سيده متبرعه ببويضة غير مخصبة لهذه المريضه . فهنا تخضع المتبرعة بالتدخل الطبى من جانب الطبيب [٢]. فهنا تعتبر هذه هى المرحلة الأولى لتحقيق عمليه الإنحاب الصناعى . وهى لازمة لإتمام هذه العمليه . فالتساؤل الذى يلح على الخاطر . ما حقيقة هذا العقد بين المتبرعه والطبيب ؟ وما مدى مشروعية هذا العقدإن كان ؟ وسوف نتولى الإجابة على ذلك على النحو التالى : -

---

(١) أنظر د/ رضا عبد الحليم ، الرسالة السابقة ، ص ٥٢٤ .

(٢) أنظر د/ محمد البار ، أخلاقيات التلقيح الصناعي عام ١٩٨٧ ، ص ٤٧ ، د/ محمد المرسي زهرة ، السابق ، ص ٢٢٥ . حيث تتم هذه العملية بأحدي طريقيين ، إما بطريقة شفط هذه البويضات المتبوع بها أو بطريق عملية غسيل الرحم .

أ- تكيف العقد بين المتبرعه والطبيب : -

يذهب البعض [١] إلي أن هذه العملية وإن كان فيها مساس بالجسم البشري ، فإنه يجب الموازنة بين المساس بالجانب الفردي والمساس بالوظيفة الإجتماعية . أي إرتفاق المجتمع علي الجسم . لأن الاحتمال الأقرب هو إسباغ صفة عقد العلاج الطبي علي هذه العملية ، فالهدف العلاجي هو الباعث علي التعاون بين أفراد المجتمع . فالمتبرعة ترغب في التعاون مع العقيمة . والمتبرعة رغبت في الدخول في هذه العلاقة باعتبار أن ذلك يمثل المرحلة الأولي للعلاج . ومن ثم فإن الطبيب يجب عليه تقديم الرعاية اللازمة للمريضة والمتبرعة ، لضمان سلامة هذا التبرع . كما يلتزم الطبيب بالمحافظة علي سرية هذه العملية ذاتها . وعلي الجانب الآخر ، فإن المتبرعة يقع علي كاهلها الإفصاح عن كل المعلومات التي لديها من حيث حالتها الصحية . وعما إذا كان لديها عيوب مرضية أو وراثية قبل إجراء عملية شفط البويضات أو غسيل الرحم . والإلتزام بتعليمات الطبيب بعد إجراء العملية لها . ومن ثم فإن هذا العقد هو عقد علاج طبي . وهو عقد غير مسمي أيضاً .

٢ - مشروعية هذا العقد :

لقد أثار هذا العقد بين المتبرعة والطبيب خلافاً شديدا في أوساط الفقه والقضاء الفرنسي [٢] رغم إسباغ المشرع الفرنسي - صفة

---

(١) أنظر : د/ أحمد شوقي أبو خطوة ، السابق ، ص ٤٨ .

(٢) أنظر : محكمة تولوز الاستئنافية ١٩٨٧/٩/٢١ ، الأسبوع القانوني ١٩٨٧ ، ص ٢٠٥ . وأنظر : Seraiux داللوز ١٩٨٨ ص ٢٠٧ .

المشروعية علي هذا العقد . وسوف نعرض لوجهة نظر الفقه والقضاء . ثم لموقف المشرع الفرنسي كما يلي : -

١ - الفقه والقضاء الفرنسي :

يعارض الفقه أي تدخل للغير بالذمة الجنينية في عملية الإنجاب الصناعي . ويري أن أي عمل يتم بغرض تمام تلك العملية يكون باطلاً . وكذلك بالتالي أي تدخل طبي - علي جسم المتبرعة يعد باطلاً كذلك . وأنه إذا كان التبرع باطل ، فإن العقد يعد باطلاً كذلك ، وذلك تأسيساً علي عدم مشروعية سبب التدخل ، فأكدت محكمة استئناف تولوز في حكمها الصادر في ١٩٨٧/٩/٢٣ ، وجاء في أسباب هذا القضاء بأن هذه العملية :

" ..... dès lors tant la cause que l'objet d'une conventions passee entre époux ou concubins tendant a un recours a un tiers donneur de sperme ou a une femme donnant ses ovules presénte un caractere illicite tout comme la cause en est également illicieté , elle est par suite nul et en autre fautive au régared de l'interet de l'enfant a naitre .... en révanche , des dommages - interets ne doivent pas etre versés à la mere , celle - ci etant également résponsable de la situtíon ' et il apportient eventuellement de recherch-er la responsobilité du praticien qui s'est prete à l'operation de fécondation ..... " .

ونستخلص من ذلك أن البطلان هنا يستمد جذوره من الإنتهاك الواضح لحرمة جسم الآدمي وحظر التصرف في حالة الشخص .

٢ - موقف المشرع الفرنسي : -

لقد أباح المشرع الفرنسي ممارسة الأنشطة الطبية المساعدة للإنجاب الصناعي ما عدا التلقيح الصناعي للمؤسسة الصحية فقط . أما الأنشطة البيولوجية له فيمكن أن تمارس في معامل بيولوجية . وذلك إعمالاً للمادة ١٨٤/١ من قانون الصحة العامة . ومن ثم نخلص إلي أن هذا العقد يقوم عليه سبب مشروع . ويعتبر بالتالي صحيحاً في نطاق التشريع الفرنسي . أما في القانون المصري ، فهذا العقد باطل لعدم مشروعية المحل والسبب معاً . فالأصل أنه لا يجوز التبرع بالذمة الجينية للغير .

---

(١) يستدل من واقع نص المادة ١٨٤/١ من قانون الصحة العامة الفرنسي أنه يفترض في صحة العقود المبرمة لإتمام عملية الإنجاب الصناعي أياً كان موضوعها . كما يمكن أن تتم هذه العمليات في عيادات خاصة للأطباء . وهذا القانون هو القانون رقم ٩٥٣ لسنة ١٩٩٤ .

المبحث الثالث

العقود المبرمة بين الوسيط والأطراف

في الحمل لصالح الغير [(١)]

تمهيد :

تعتبر هذه السلسلة العقدية أهم العلاقات التي يجب التركيز عليها في مجال الإنجاب الصناعي . وذلك لصعوبة وصف الإتفاقات التي تتم بين أطرافها ، ووضعها في إحدي أوصاف العقود المسماة أو غير المسماة ، ويتمثل الحمل لصالح الغير في قيام علاقة بين الأب صاحب البويضة . وأم تحمل هذه البويضة بعد خضوعها لعملية التلقيح الصناعي بهذه النظفة الذكرية ، ثم تتعهد هذه الأم الحامل بالإنابة في تسليم المولود إلي والده البيولوجي الطرف الأول في هذا الإتفاق بعد إقرارها بأنها ليست لها عليه أية حقوق ، ثم يتعهد الأب البيولوجي بدفع كافة نفقات عملية الإنجاب الصناعي ، مقابل هذا الحمل للأم بالإنابة . وهذه العلاقة - كما سبق القول - تثير العديد من المشاكل القانونية التي تطفو علي السطح من حيث كنهة هذا العقد الذي يتم تحت أى مسمي

---

(١) أنظر مجلة : " Praticien " عدد ١٩٩١/١٢/١١ ص ٢٧٦ ، حيث يوجد أكثر من لفظ يطلق علي هذه الوسيلة من وسائل الإنجاب الصناعي فيطلق عليها « الأم بالإنابة » - « إيجار الأرحام » - « الأم الإتفاقية » .

وأنظر بالتفصيل " Dr - Geller - sacha " meres pourteuses , oui ou non " ed - Fraison - Roche - 1990 - p. 93 .

للعقود تندرج هذه العلاقة . وكذلك الحال إذا ما اعترفنا بها كعقد ، فيثور تساؤل هام في هذا الصدد . ما مشروعية هذا العقد ؟ ومن ثم للإجابة علي هذه التساؤلات التي أحدثت ثورة إجتماعية في مجال الإنجاب الصناعي نقسم الدراسة في هذا المبحث إلي مطلبين :

ينتناول **المطلب الأول** : العقد بين الأم بالإنابة والزوجين ومدي مشروعية هذا العقد .

وينتناول **المطلب الثاني** : العقد المبرم بين الوسيط والأطراف ومدي مشروعيته .

المطلب الأول

العقد بين الأم بالإنابة والزوجين ومشروعيته

التكييف القانوني للعقد :

يتشمل نظام الحمل لصالح الغير في حالة الأم بالإنابة ، في زرع بويضة ملقحة تنسب بيولوجيا لزوجين في رحم امرأة أخري تتطوع بحملها لحساب الزوجين صاحبا البويضة ، وينكر البعض (١) علي هذه العلاقة وجود عقد ، ولا يعدو الأمر أن يكون مجرد تفاهم علي وضع معين ، وأن هذا الوضع لا يرتب أية التزامات علي عاتق الطرفين . ولكن الرأي الراجح (٢) يؤكد علي وجود الصفة العقدية علي هذه الإتفاقات . فأي عقد ينعقد بمجرد أن يتناول طرفاه التعبير عن إرادتين متطابقتين ، ويتم ذلك عن طريق إيجاب موجه من أحد الطرفين يقبله الطرف الآخر . ونظام الحمل لصالح الغير إذن لا يخرج عن هذه النظرة سالفة الذكر .

ومما يزيد الأمر تعقيداً إذا اعترفنا بالصفة العقدية . فما هي طبيعة هذه العقود . هل هي عقد بيع - أم عقد إيجار - أم عقد

(١) أنظر :

J - R - Devichi , art . prec ; Rev . tri . dr . civ ; p. 494 , no Go et 61 .

(٢) أنظر :

C . Aties , le contrat de substitutem de mère , D. S ; 1986.
M . Harichaux ' Le corps objet , prec , p. 143 .

رضاع - أم عقد مشروع لصنع الطفل مستقبلاً ، أم عقد مقاولة - أم عقد وديعـــة - أم عقد عارية إستعمال [١]. أم عقد إدارة للحمل لصالح الغير[٢] . وإذا تم الوقوف علي تكييف هذا العقد قانوناً . فهل يعني ذلك الوصول إلي شهادة بمشروعية هذا العقد ؟ ولما كان هذا البحث لا يتسع لإبراز كل هذه المشكلات القانونية التي يثيرها نظام الأم بالإنابة . فإننا نكتفي بإلقاء الضوء حول التكييف القانوني لهذا العقد ومدي مشروعيته كما يلي : -

التكييف القانوني للعقد بين الأم بالإنابة والزوجية :

نكتفي بعرض العقود التي يمكن أن تتقارب مع عقد الحمل لصالح الغير { الأم بالإنابة } ، وهى عقد البيع - الإيجار - الوديعة - المقاولة ، لنقف علي التكييف الصحيح لعقد الحمل لصالح الغير .

وذلك علي النحو التالى :

---

(١) Guy - Raymond : la procreation artificielle et le droit français . sem , jur 1983 . 3114 .

وفي الفقه المصري :

د/ علي حسين نجيده - السابق ص ٢٨ ، محمد المرسي زهرة - السابق - ص ٢٦٧ ، د. رضا عبد الحليم عبد المجيد ، السابق ، ص ٥٢٨ .

(٢) أنظر : Bernard Staill رسالة ، نانت ١٩٩٦ ، الوضع القانوني للطفل الناشئ عن عملية الإنجاب لصالح الغير ، وأطلق عليه « عقد إحلال الأم » .

١ - عقد الأم بالإنابة عقد بيع :

لن نتعرض لأحكام عقد البيع سواء في القانون المصري أو القانون الفرنسي تفصيلاً اكتفاء بذكر الأحكام العامة بالقدر الذي يبرز هذا التشابع مع عقد الأم بالإنابة ، تاركين القواعد التفصيلية للمراجع العامة ففيها الغناء - لكيفية إبرازها، ومن ثم فإن المادة ٤١٨ مدني مصري المقابلة لنص المادة ١٥٨٣ مدني فرنسي . قد عرفت عقد البيع بأنه « عقد يلتزم فيه البائع أن ينقل للمشتري ملكية شئ أو حقاً مالياً آخر في مقابل ثمن نقدي . »[١]. وأهم مزايا عقد البيع أنه ينقل ملكية شئ أو حق مالي مقابل ثمن . وهاتين الميزتين إذا إنتفيتا فإن العقد لا ينطبق عليه وصف البيع . ومن هنا لا ينسجم عقد الأم بالإنابة مع البيع . فالمحل في عقد البيع شيئ أو حق مالي . ويستحيل عقلاً ومنطقاً أن يندرج صنع الطفل في عقد الأم بالإنابة تحت مسمي الأشياء . فجسم الآدمي له حرمة مطلقة ولا يمكن المساس بحالة الشخص . كما تستعصى فكرة العوض في عقد البيع على التطبيق في مجال عقد الأم بالإنابة لأن الأم الحامل تكون متطوعة بالحمل ولا تأخذ مقابل .

وباستطراد باقي أحكام عقد البيع مثل التسليم كأثر من آثار عقد البيع - والتزام البائع بضمان العيوب الخفية ، فإن فكرة التسليم وإن

(١) أنظر د/ لبيب شنب ، أحكام عقد البيع ، دار النهضة العربية عام ١٩٨٦ ص ٢٤٨ ، د/ محمد شكري سرور ، عقد البيع ، دار النهضة العربية عام ١٩٩٦ ، ص ١١٢ ، د/ مصطفي عبد الحميد عدوي ، عقد البيع عام ١٩٨٦ ص ٨٠ ، د/ سليمان مرقس ، عقد البيع عام ١٩٩٠ ، طبعة نادي القضاة ، ص ٢١٩ .

كانت تقترب في البيع مع عقد الأم بالإنابة علي أساس أن الأم تلتزم بموجب الإتفاق مع الزوجة بعد ولادة الطفل أن تسلمه إلي الأب البيولوجي . فأنها تتعارض معه في حالة هلاك الطفل قبل ولادته حياً . كما لو أجهضت الأم الحامل ، فيستحيل التسليم . وهنا لا مجال لإعمال فكرة التعويض في حالة الهلاك . كما أن فكرة ضمان العيوب الخفية وهي أخص التزامات البائع في عقد البيع تتنافر مع عقد الأم بالإنابة . فلا يمكن القول بضمان هذه الأم العيوب الخفية في الطفل حتي ولو كان ناتجاً عن مرضاً وراثياً في الأم الحامل . وكل ما يمكن إتساقه مع عقد البيع في أن كلاهما يتسم بالرضائية . كما أنهما من العقود الملزمة للجانبين .

ولكن هذا التشابه لا يعني أن عقد الأم بالإنابة هو عقد بيع لاستحالة المحل والسبب . ومن ثم يجب البحث عن تكييف آخر لهذا العقد .

٢ - عقد الأم بالإنابة عقد إيجار :-

لقد عرف المشرع عقد الإيجار في المادة ٥٥٨ مدني مصري أنه « عقد يلتزم المؤجر بمقتضاه أن يمكن المستأجر من الإنتفاع بشئ معين مدة معينة لقاء أجر معلوم » .

من هذا التعريف نستخلص أن عقد الإيجار يتسم بمزايا معينة . فهل هذه المزيا لو توافرت يمكن أن يخضع لها عقد الأم بالإنابة . أو كما

(١) أنظر : د/ محمد المرسي زهرة ، السابق ، ص ٢٦٨ ، د. رضا عبد الحليم ، السابق ص ٥٣٠ .

أطلق عليه إيجار الرحم . فلنعرض لمزايا عقد الإيجار أولا ، ثم تتبع ذلك بمدى انطباق هذه المزايا علي عقد الأم بالإنابة .

نعم أن عقد الإيجار يوجب علي المؤجر تمكين المستأجر من الإنتفاع بالشئ محل الإيجار . كما يوجب علي المستأجر دفع المقابل لهذا الإنتفاع . كما يتعين علي المؤجر تسليم العين محل الإيجار للمستأجر بحالة صالحة للأستعمال وتفى بالغرض من الإيجار . وبالمقابلة لذلك ، فإن المستأجر يلتزم برد العين بنفس الحالة التي تسلمها من المؤجر عند بداية العقد ، ويلتزم المؤجر كذلك بضمان التعرض سواء كان منه أو من الغير بشروط معينة(١)، فهنا يثور تساؤل هل تنطبق هذه الأحكام سالفة الذكر علي عقد الأم بالإنابة وخاصة عندما يطلق عليه عقد إيجار الرحم ؟ . بادئ ذى بدء ننوه إلي أننا لو سمحنا بتطبيق أحكام عقد الإيجار سالف الذكر علي عقد الأم بالإنابة . فإنه يتعين الزام الأم الحامل بالإنابة بأن تمكن الأب صاحب البويضة من الإنتفاع برحمها . وأن ترضخ لعملية الإنجاب الصناعي بالبويضة من الأب البيولوجي . وهذا يوجب أن يكون محل الإيجار خالياً أى يكون رحم هذه الأم خالياً وسليماً قادراً علي الحمل . كما تلتزم هذه الأم بالخضوع للكشف الطبي الدوري أثناء الحمل ونمو الجنين والمحافظة عليه، وهذا ما يطلق عليه ضمان

---

(١) أنظر : د/ محمد علي عمران ، عقد الإيجار عام ١٩٨٧ ص ١٠٥ ، د. حمدي عبد الرحمن ، أحكام عقد الإيجار عام ١٩٩٦ ص ٢٢٠ ، د/ سليمان مرقص ، أحكام إيجار الأماكن عام ١٩٩٦ ، الطبعة السادسة ص ٦٠٢ .

التعرض الشخصي . أما الأب البيولوجي فإنه يلتزم بسداد مقابل خضوع الأم لهذه العملية ، وهذا هو مقابل الانتفاع . ولكن كل هذه الأحكام التي قد تبدو متقاربة مع عقد الإيجار لا تصمد أمام عدم المشروعية للمحل في عقد الإيجار . فالمؤجر يلتزم بتمكين المستأجر من الإنتفاع بشئ . والإنسان ليس من الأشياء فهو خارج عن التجارة القانونية ومن ثم فلا يمكن معه والحال كذلك أن يوضع عقد الأم بالإنابة في مصاف عقد الإيجار لإستحالة المحل .

٣ - عقد الأم بالإنابة عقد مقاولة :

ورد تعريف عقد المقاولة في المادة ٦٤٦ مدني مصري أنه « عقد بمقتضاه يتعهد أحد المتعاقدين أن يضع شيئاً أو أن يؤدي عملاً لقاء أجر يتعهد به المتعاقد الآخر » .

يتضح من هذا التعريف أن جوهر هذا العقد وأخص خصائصه ، أنه يقوم بصفة أساسية علي قيام المقاول بصنع شئ أو آداء عمل . في مقابل ذلك يلتزم صاحب العمل بدفع الأجر المتفق عليه والمقاول وهو يؤدي هذا العمل لا تربطه علاقة تبعية يصاحب العمل [١] . ويضمن المقاول العمل الذي قام به ويقع علي كاهله تبعة العيوب التي تلحقه . ويسلم هذا العمل في الموعد المحدد إتفاقاً وفي المقابل لذلك . فإن صاحب العمل

---

(١) أنظــر : د. السنهوري ، الوسيط ، جـ ٧ ، العقود الواردة علي عمل ، طبعة ١٩٨٩ ، نادي القضاة ، ص ١٧٩ .

يمكن المقـــاول من إنهــاء العــمل المكلف به . وبتــسليم هذا العــمل فـور الإنتهاء منه ، ودفع الأجر المتفق عليه في الموعد المحدد سلفاً . وعندما تطبق هذه الأحكام التي يبدوا ظاهراً أنهـا تتـقـارب مع هذه الأحكام فى عقد الأم بالإنابة . فإن الأم الحامل تلتزم بتنفيذ العمل { مقاول } المتفق عليـه وهو الجنين طبـقـاً لأصول الحـمل العـادي ، وأن تأتي به بعـد المدة المقررة للحمل ، وتسلمه للأب صاحب البويضة في الموعد المحدد بينهما . وتلتزم بضمان العيوب الخفية . وفي المقابل لذلك يلتزم الأب البيولوجي أن يقدم البذور الذكرية للطبيب القائم بأجراء العملية في الموعد المحدد سلفاً وتسليم الطفل بعد ولادته خالياً من العيـوب الخلقيـة ودفع المقابل للأم الحامل نظير إنتاج هذا الطفل .

وبرغم هذا التشابه الظاهري بين العقدين فإن محل الإلتزام لهما هو صنع شئ أو القيـام بعـمل . ولا ينطبق هذا الحل عند الأم الحـامل . فـلا يمكن بأي حال اعتبـار الطفل البشـري شئ . ولا داعي لاستطراد باقي أحكام عقد المقاولة [١] طالما كان الحمل غير قائم وغير مشروع . ومن ثم فإن عقد الأم بالإنابة لا يمكن أن يكون عقد مقاولة .

---

(١) د/ محمد لبيب شنب ، عقد المقاولة ١٩٨٩ ، دار النهضة العربية ، ص ١١٢ . وللمؤلف : الوجيز في العقود المسماة ١٩٩٠ ص ٦١١ . د/ نبيلة رسلان ، عقد المقاولة ١٩٨٩ ، ص ١١٢ .

٣ - عقد الأم بالإنابة عقد وديعة :

من المعلوم سلفاً أن المشرع في المادة ٧١٨ مدني مصري عرف عقد الوديعة بأنه « عقد يلتزم بمقتضاه شخص أن يتسلم شئ من آخر ، علي أن يتولي حفظ هذا الشئ . وعليه آن يرده عيناً » ومن ثم فإن أحكام عقد الوديعة طبقاً لهذا النص تنحصر في : « أن عقد الوديعة عقد يلزم المودع لديه بحفظ الشئ المودع ثم رده عيناً في نهاية الوديعة للمودع وأنه عقد شخصي ، أي ينقضي بوفاة المودع » . ولا يهم موضوع الشئ الذي يرد عليه هذا العقد سواء كان عقاراً أم منقولاً . وإذا أردنا سحب هذه الأحكام علي عقد الأم بالإنابة . فإنه يمكن القول أن الأب صاحب البذور الذكرية هو المودع في هذا العقد . والأم بالإنابة هي المودع لديه . حيث يرتكز التزامها في تسلم البويضة لتلقح بها صناعياً . ثم تحفظ الجنين أثناء الحمل ، وترده بعد ذلك عند الولادة حياً إلي الأب البيولوجي الذي يكون في حكم المودع . وهذا هو الرد العيني في هذا العقد كما هو الحال في عقد الوديعة . ولكن رغم هذا التشابه الذي قد يبدو ظاهرياً في بعض النقاط . إلا أن هناك تناقض بين العقد في كثير من النقاط وخاصة أحكام الرد والمحل ، فيستحيل تطبيق قاعدة رد الشئ عيناً عند انتهاء العقد في عقد الأم بالإنابة ، حيث يستحيل تسليم الطفل عند وفاة المودع . فالقاعدة في عقد الوديعة أن المودع لديه يلتزم برد الشئ عيناً للمودع وعند وفاته يكون الرد عيناً للورثة حسب أنصبتهم في الميراث . وإن تعددوا فإنه يجب الإتفاق علي أحدهم ليمكن الرد إليه . كما أن الأم الحامل استلمت بويضة الأب البيولوجي فكيف

يتم الرد . هل ترد طفلاً آم بويضة ملقحة . ،أما بالنسبة للمحل - وكما سبق القول - فإنه يستحيل أن يكون جسم الإنسان داخلاً في مجال التجارة القانونية .

وبعد هذه الموازنة بين نقاط التشابه الظاهري وبين نقاط الخلاف فإنه لا يمكن القول بأن عقد الأم بالإنابة هو عقد وديعة . وبعد هذا العرض سالف الذكر فإنه يستحيل وصف عقد الأم بالإنابة بأنه من هذه العقود سالفة الذكر ، وإنما هو عقد له طبيعة استقلالية خاصة . ومن ثم فهو عقد غير مسمي تطبق عليه القواعد العامة .

مشروعية عقد الأم بالإنابة :

أثارت مشكلة مشروعية هذا العقد خلافات حادة في أوساط ودوائر الفقه وأحكام القضاء . ثم انحسم الخلاف في النهاية[١]، بالوصول إلي أن الإتفاق المسمي عقد الحمل لصالح الغير ، والذي يهدف إلي التزام إمرأة بحمل جنين حتي ولادته أو بالتلقيح الصناعي بنطفة رجل غير زوجها ، وبأن تتنازل عن الحمل بعد ولادته لصالح الطرف الآخر في هذا الإتفاق ، فإن هذا العقد يقع باطلاً ، لبطلان محل الإتفاق وسببه .

وسوف نعرض فيما يلي لموقف محكمة النقض الفرنسية ثم اتجاه المشرع الفرنسي في تأصيل عدم مشروعية هذا العقد وذلك علي النحو التالي :

(١) أنظر نقض مدني فرنسي ١٩٨٩/١٢/١٣ ، الأسبوع القانوني ١٩٩٩ ، ص ٢١٥ ، والمواد ٧/١٦ مدني فرنسي ، ١١٢٨ مدني فرنسي .

١ - موقف محكمة النقض الفرنسية [١] :

لقد رأت محكمة النقض الفرنسية أن مثل هذا الإتفاق يمثل تعارضاً صارخاً مع مبدأين هما :

الأول : حظر التصرف في الجسم الإنساني .

والثاني : في حظر التصرف في حالة الشخص .

وأكدت هذه المحكمة في أسبابها :

" Attendu que la convention par lequelle une feme s'engage , fu - à titre gratuti à concevoire et à porter un enfant pour l'abandoner à sa naissance contresvent pour tant au principe d'order public de l'indisponibilite du corps humain qu'a celui de l'indisoponibilite de l'etat des personnes " .

وأضافت محكمة النقض أن تبني الطفل بعد ذلك بواسطة زوجة الأب البيولوجي له ، يمثل المحصلة الأخيرة لسلسلة المراحل التي تهدف لتنازل أم عن طفلها لصالح أخري ، والتي كان الإتفاق المعقود لهذا الغرض هو المحدد لإلتزامات الأطراف . مما يوصم هذا الإتفاق بالبطلان ، وذلك لمخالفته للمبادئ القانونية العامة . وأن هذا الإتفاق باطل لعدم

---

(١) أنظـر : نقض مدني فرنسي ١٩٩٤/٦/٢٩ ، الأسبوع القانوني ١٩٩٥ ص ٣١ .

مشروعية سببه وهو التنازل عن الطفل . كما أنه باطل كذلك لعدم مشروعية المحل .

٢ - موقف المشرع الفرنسي :

لقد انبري التشريع الفرنسي للدفاع عن عدم مشروعية هذه الإتفاقات في مجال الحمل لصالح الغير . فذهب المشرع في المادة ٧/١٦ من القانون المدني الفرنسي ، والمضافة بالقانون ٩٤ - ٦٥٣ . حيث سجلت القرارات التسع المضافة بأحكام هذا القانون ، مبدأ حظر التصرف في الجسد الإنساني :

" Les corps humain , ses elements " et ses produits ne peuvent faire l'objet d'une droit patimanail " .

أى أن جسم الإنسان خارج التجارة القانونية . فالتأكيد علي أنه يحظر التصرف في جسم الإنسان لأن التطبيق الصحيح لهذه الفكرة ، يوجب إبطال أي تصرف في هذا الشئ حتي ولو بصفة تبرعية . فالتبرع لا يغير من طبيعة الشئ ولا فعل التصرف . كما أن المادة ١١٢٨ مدني فرنسي موضوعها بأنها تقصر الإتفاقات القانونية علي الأشياء ، ويخرج من عداد هذه الأشياء جسد الإنسان . وهذا يقتضي بطلان أي إتفاق محله جسد الإنسان[١].

---

(١) Labbe X ، الرسالة السابقة ص ٣٣ . تقسم العقود طبقاً للشئ المعقود عليه . فالشئ خارج التجارة القانونية يختلف بحسب العقد . فشيئ معين يمكن أن يكون محلاً لعقد معين ، وذات الشئ لا يمكن أن يكون محلاً لعقد آخر . وعكس ذلك د/ حسام الأهواني ، السابق ، ص ٣٩ ، حيث يأخذ بفكرة الباعث علي التعاقد للقول بمشروعية الإتفاق المتعلق بجسم الإنسان .

ثم ذهب المشرع إلى بطلان هذه الاتفاقات وبالتالى عدم مشروعية عقد الأم بالإنابة يجد ضرورة كذلك فى عدم التصرف فى حالة الشخص الواردة فى المادة ٣٧٧ / ٩ مدنى فرنسى ، فحالة الشخص [١] هنا هى إمكان نسبه لشخص آخر ، وفى معنى أوضح أن ارتباط إنسان بآخر رابطة الأمومة أو الأبوة المعروفة قانوناً . فالأبوة هى لصاحب الفراش . وهذه القرينة كما يذهب البعض قابلة لإثبات العكس فى حالة غياب الزوج مدة طويلة أو عدم وجود إتصال بين الزوجين أو عدم القدرة على الإنجاب ، أما عن الأمومة فهى قانوناً للحاملة . والمعول عليه أن الطفل ينسب لوالديه القانونيين أى الأب البيولوجي والزم الحاملة البيولوجية ، وذلك لأن حالة الشخص ونسبه إلى أسرته نظمها المشرع فى النص المشار إليه سلفاً ، وهى قواعد متعلقة بالنظام العام .

ونخلص من ذلك إلى نتيجة مؤداها أن المشرع الفرنسى ومحكمة النقض الفرنسية أجمعا على عدم مشروعية عقد الأم بالإنابة لبطلان المحل والسبب استناداً إلى المبدأين سالفى الذكر وهما : حظر التصرف فى جسم الإنسان ، وحظر التصرف فى حالة الشخص .

---

(١) أنظر : د. / رضا عبد الحليم ، رسالته السابقة ص ٦١٣ ، ويقصد بالحالة للشخص بصفة عامة مجموع ما يتميز به الشخص من الصفات كعضو في الجماعة وتحدد مركزه وحقوقه وواجباته ، مشار إليه فى د/ جلال ابراهيم ، مبادئ القانون ، دار النهضة العربية ، طبعة عام ١٩٩٦ ، ص ٣٣٧ .

المطلب الثانى

العقد بين الوسيط والأطراف ومشروعيته

تمهيد :

لقد أثبتت الدراسات الإحصائية فى فرنسا (١) التى نشرت على هذه الوسيلة من وسائل الإنجاب الصناعى أن نسبة ٤٠٪ من هذه الحالات ، تتم بين أزواج لا يعرفون بعضهم البعض الآخر . وفى غالب الأحوال تقوم جميعات تسمى جمعيات تأجير الأرحام بهذه المهمة مقابل أجر قد تشترطه الجميعة لإتمام هذه العملية بأن يظل كل من طرفيها مجهول الشخصية بالنسبة للآخر ، وأن تتم هذه العملية من خلال وسيط هو الجمعية أو المكتب المتخصص في ذلك .

ومن ثم فإن هناك اتفاقات تنشأ بين الوسيط والأم الحامل والزوج وينبثق عنها عقد . فما هو التكييف الصحيح لهذا العقد ، وما مدى مشروعيته . وسوف نعرض لذلك على النحو التالى : -

أولاً : تكييف العقد :

لما كان دور الوسيط هنا يتمثل أساساً فى البحث عن الأم الحامل التى تقبل الحمل لصالح الغير ، وذلك مقابل آداء نقدى يلتزم بدفعه الأب البيولوجى ، فإنه لا بد أن تندرج هذه العلاقة تحت أى نوع من

(١) أنظر د/ جمال أبو السرور ، الإخصاب الطبى المساعد بين الممارسة والبحث مجلة الأزهر الشريف ، العدد ١٠ /١٢/١٣/ ١٩٩١ ص ٣١٤ .

أنواع العقود يمكن أن يصب فيه هذا الاتفاق . وأول ما يثير الانتباه أن يوصف هذا العقد بأنه سمسرة [١] .

ويعرف الفقه هذا العقد بأنه « عقد يتعهد بمقتضاه السمسار إلى شخص آخر بالعثور له على متعاقد بشأن صفقة نظير أجر يسمى سمسرة أو عمولة » .

فدور السمسار طبقاً لهذا التعريف ينحصر فى عمل مادى بحت . وإذا قام السمسار بإبرام العقد باسمه أو باسم العميل انقلب العقد إلي عقود وكالة أو وكالة بالعمولة [٢] . وعلى كل حال فإن عقد السمسرة يلتزم السمسار بالتحقق فى شخصية المتعاقد الذى يبحث عنه ، ويبذل في ذلك عناية الرجل الحريص ، لأن السمسرة مأجورة فى كل الأحوال . كما يلتزم بأن يعرض شروط التعاقد على المتعاقد الآخر ، ويبين له ظروف الصفقة ومخاطرها ، بالإفضاء بالمعلومات اللازمة لإبرام هذا العقد . كما يلتزم بالضمان ، وفى المقابل لذلك يلتزم العميل بدفع الأجر المتفق عليه . وإن شئنا تطبيق هذه الأحكام على العقد الذى نحن بصدده ، فإن الزوجين يلجأن إلي جمعية تأجير الأرحام الوسيط فى

---

(١) أنظر د/ على يونس ، العقود التجارية ، دار الفكر العربى ، عام ١٩٨٧ ، ص ٢١٨ . حسنى المصرى ، العقود التجارية والإفلاس ، عام ١٩٨٨ ، ص ١١٨ . حسام عيسى ، ١٩٨٩ ، ص ١٣٧ .

(٢) أنظر : المادة ٧٠٩ مدنى مصرى .

عملية الإنجاب لدرايتها وخبرتها فى هذا المضمار ، بالبحث عن امرأة تكون جاهزة لحمل البويضة الملقحة ، وذلك مقابل أجر يتلقاه نظير ذلك . فهذه الأوصاف قريبة الشبه بأحكام عقد السمسرة . وتتناسب وطبيعته . إلا أننا نصطدم بحقيقة واضحة ، وهى حالة ما إذا كانت العلاقة بين الوسيط والزوجين قد تمت على سبيل التبرع أو المجاملة ، أى انعدام المقابل المادى . هنا يمكن القول بعدم انطباق أحكام عقد السمسرة . فالعقد التجارى لا يعرف نية التبرع والأعمال المجانية . ومن ثم فإنه يصعب تكييف العقد بأنه عقد سمسرة . وقد يمكن القول أنه عقد وكالة [١] . فالوكالة بحسب الأصل تبرعية ، ما لم يكن هناك اتفاق يخالف ذلك ، سواء كان الإتفاق صريحاً أم ضمنياً ، ولكننا نجد عقبة لا يمكن تفاديها فى هذا الصدد ، ألا وهى أن أعمال الوكالة تنحصر فى التصرفات القانونية دون الأعمال المادية ، ومن ثم وبعد هذا الإنطباع يصعب وضع هذا العقد فى مصاف عقد السمسرة أو الوكالة بالعمولة .

ولكننا نذهب مع البعض فى أن هذا العقد [٢] هو أنه من عقود التفضل وهو عقد غير مسمى .

---

(١) أنظر د/ جمال مرسى بدر ، النيابة فى التصرفات القانونية ، رسالة القاهرة ، ١٩٧٩ ، ص ٢١٠ .

(٢) أنظر د/ محمد لبيب شنب ، مصادر الإلتزام ، ص ١٩٨٩ ص ٥٥ ، د/ رضا عبد الحليم ، السابق ، ص ٥٥٣ ، هامش رقم ٢ .

ثانيا : مشروعية العقــــد :

من خلال الدراسة السابقة تستطيع أن نستخلص أن هذا العقد أى عقد الوساطة فى الحمل لصالح الغير ، والذى يبرم بين أحد الزوجين أو كلاهما ، وبين جمعية أو مكتب متخصص فى إيجار الأرحام . ويكون موضوعه هو البحث عن امرأة تقبل الحمل لصالح أخرى عن طريق التلقيح الصناعى من نطفة الزوج البيولوجى ، لهو عقد باطل ، ولا نجد صعوبة فى إظهار هذا البطلان ، وذلك اعتماداً على مبدأين تشريعيين أفردهما المشرع الفرنسى فى نصوص القانون المدنى كما سلف وهما : حظر التصرف فى جسم الإنسان ، وحظر التصرف فى حالة الشخص . فالوساطة لتحقيق الحمل لصالح الغير غير مشروعة ، ومزيد في عدم المشروعية لهذه الوسيلة ، فإن المشرع الفرنسى فى المادة ١٢/٢٢٧ من التشريع العقابى « عاقبت الجمعيات والمكاتب التى تباشــر هذا النشاط بعقوبة مقيدة للحرية لمدة سنة ، والغرامة التى تصل إلى مائة ألــف فرنك ، وضاعف المشرع هذه العقوبة فى حالتين هما : حالة العود ، أو الحصول على ربح » .

ونخلص من ذلك إلى أنه ، يستحيل القول بالمشروعية فى وجود النص العقابى ، فالتشريع العقابى بأكمله يتعلق بالنظام العام ، وكل ما يخالفه يتسم بعدم المشروعية المطلقة ، وذلك بصرف النظر عن الوسيلة التى تؤدى إلى نتيجة غير مشروعة .

الفصل الثالث

الإلتزامات الناشئة عن عقد

الإنجاب الصناعى

تمهيد :

نظراً لتشابك العلاقات والاتفاقات بين أطراف عملية الإنجاب الصناعى وهم : الطبيب - المركز - الزوجين - الأم بالأنابة ، فأنه يتعين الوقوف على الإلتزامات التى تقع علي كاهل كل الأطراف . ومن ثم تأتى خطة الدراسة في هذا الفصل لثلاثة مباحث رئيسية هى : -

المبحث الأول : الالتزامات الناشئة عن العقد المبرم بين مركز حفظ ودراسة السائل المنوى والمريض .

ويتناول **المبحث الثانى** : الإلتزامات الناشئة عن العقد المبرم بين الطبيب والمريض .

ثم يتناول **المبحث الثالث** : الإلتزامات الناشئة عن عقد الأم بالإنابة .

وسوف نتولى تفصيل ذلك على النحو التالى : -

المبحث الأول

الالتزامات الناشئة عن العقد المبرم

بين مركز الحفظ والمريض

أولاً : *التزامات مركز الحفظ :*

تنحصر مهمة مركز حفظ ودراسة السائل المنوى فى استلام السائل المنوى ثم حفظها طبقاً للأصول الطبية ، على أن يتولى المركز رد هذه البويضات إلى المريض فى حالة طلبها ، ومن ثم يمكن القول أن هذه الالتزامات تكمن فى ثلاثة التزامات يمكن التعرض لها تفصيلاً على النحو التالى : -

١ - *الالتزام بتسلم السائل البشرى :*

لما كان العقد المبرم بين المريض ومركز الحفظ على النحو سالف بيانه ، عقد شديد الخصوصية ، وهو عقد رضائى لا يحتاج إلى شكل معين لإفراغه فيه . ومن ثم على المدين فى هذا العقد وهو المركز أن يقوم بكل ما من شأنه الوفاء بالإلتزام . وتتضح حساسية وخصوصية هذا العقد فى أن محل العقد وهو السائل البشري بمجرد الحصول عليه من جسم الإنسان يكون صالحاً للاستفادة به فترة ليست بطويلة ، أى أنها تتلف إذا لم تلق عناية شديدة فى مجال حفظها .

ومن هنا يبدأ مركز الحفظ بإلزامه بإعداد أنابيب لاستقبال

السائل البشرى واتخاذ اجراءات الحفظ فور تسلم هذه العينات ، والإلتزام بالتسليم يعنى انتقال محل الحفظ لحيازة المركز ، فالتسلم هنا تسلم حكمى [(١)] . وذلك لأن المريض قد يكون بصدد مشروع للإنجاب الصناعى فى هذا المركز ، وبعد انتهاء هذه العملية يتبقى كمية من السائل البشرى . ويرى المريض إذن حفظ هذه العينات المتبقية لدى هذا المركز ويتم التعاقد على هذا الأساس ، ويكون المركز قد أوفى بالتزامه بالتسليم ، وذلك لأن محل الحفظ كان فى يده بناء على تصرف آخر . وهذا هو المقصود بتسليم هذه العينات حكماً . وفى غالب الأحوال ينظم الاتفاق بين المريض طريقة التسليم وموعده ومكانه ، ونرى أنه من الأفضل تجزئة العينات التى تأخذ من المريض ووضعها فى أكثر من أنبوب حتى إذا تلفت أحداها فإنه يمكن الاستعانة بالعينات الأخرى .

٢ - الالتزام بحفظ العينات :

لما كان المريض يريد بعقد الحفظ المحافظة على الذمة الجينية ، ومن ثم فإن أخص التزامات مركز الحفظ يكمن فى المحافظة على هذا السائل المنوى . وهذا يتطلب من المركز المذكور عناية خاصة ، لا يقوى على فهم الخصوصية سوى المختصين بالمركز والتى تنحصر مهمتهم فى

---

(١) أنظر : د/ رضا عبد الحليم ، الرسالة السابقة ، ص ٥٧٢ .

إجراءات التجهيز والحفظ ، وإعداد الثلاجات شديدة البرودة [١] .

ولكن يثور تساؤل هام فى هذا الصدد ماهو مقدار العناية المطلوب بذلها من المركز ؟ هل الإلتزام ببذل عناية أم الالتزام بتحقيق نتيجة ؟ .

الإجابة على هذا التساؤل هى : أن الإلتزام هنا التزام بتحقيق نتيجة ، وذلك تأسيساً على أن المريض فى هذا العقد يلجأ إلى هذا المركز مضطر للحفاظ على هذه الذمة الجينية للحصول على طفل حيث أنه يعانى من عدم القدرة على الإنجاب ، وأن عدم بذل المركز العناية الفائقة فى الحفاظ على هذا السائل البشرى ، سوف يؤدى إلى عدم تحقق الهدف من العقد أى فوات الفرصة على المريض فى الإنجاب الصناعى . وهنا لا يمكن القول بالتعويض ، فلن يجبر التعويض ضرراً مثل ذلك الضرر . ومن أجل ذلك فإن الالتزام الملقى على عاتق المركز هو التزام بتحقيق نتيجة ولكن المركز يستطيع التخلص من هذا الإلتزام بأثبات السبب الأجنبى أو القوة القاهرة . ولكن قد يعرض فى هذا العقد بين المركز والمريض شرط يفيد إعفاء المركز من المسئولية أو يخفف منها . فالغالب الأعم أن المركز يعد العقد ويكون مطبوعاً ، ويضطر المريض إلى التوقيع عليه تحت ضغط الرغبة فى الحفاظ على الذمة الجينية ، حيث أنه لا يوجد غير هذه المراكز المتخصصة فى هذا

---

(١) تحتاج هذه الثلاجات إلى ١٩٦ درجة تحت الصفر .

النشاط ، فهنا لا يوجد توازن فى العلاقات العقدية بين الطرفين ، أى أن هذه المراكز تعد شبه محتكرة لهذا النوع من الأعمال . فما مصير هذا الشرط إن وجد ؟ .

هذه المسألة تثير صفة الأذعان فى هذا العقد وإمكان تدخل القاضى لإعادة التوازن العقدى (١) .

٣ - الإلتزام برد العينات :

ينظم الاتفاق بين المريض والمركز المدة المراد حفظ السائل البشرى خلالها أو أحقية المريض فى طلب هذه العينات عند الخضوع لعملية الإنجاب الصناعى . ومن ثم يتعين على المركز الإلتزام بالرد للطبيب فى خلال المدة المتفق عليها أو عند طلبها من المريض ، وهذا الرد يتشمل فى ذات العينات التى استلمها هذا المركز ، ولا مجال لإعمال الوفاء بمقابل فى هذه الأحوال ، حيث أن العينة محل الحفظ ليست من المثليات (٢).

---

(١) أنظر المواد ١٤٩ ، ١٥١ من التقنين المدني المصرى . وللمؤلف : التوازن العقدى فى نطاق عقود الإذعان ، دار النهضة العربية ، عام ١٩٩٩ ، ص ٣٢ - ٣٨ .

(١) أنظر د. محمد لبيب شنب ، أحكام الالتزام والإثبات ، عام ١٩٨٩ ، ص ١١٨ ، د/ عبد السودود يحيى ، نظرية الإلتزام ١٩٩٠ ص ٢١٩ . د/ السنهورى ، الوسيط ، جـ ٢ عام ١٩٨٩ ، طبعة نادى القضاة ، ص ٣٩٨ .

ومن ثم فإذا هلكت العينة أو تلفت بخطأ من المركز كما لو حدث وتم استبدال هذه العينة بأخرى لمريض آخر ، أو تلفت العينة كلياً أو جزئياً ، فإن ذلك يترتب عليه فقد الذمة الإنجابية أمل المريض فى الحياة . وهنا يحق للمضرور وهو المريض اللجوء إلى دعوى المسئولية العقدية فى الرجوع على المركز المسئول عن هذه الأضرار ، ومما يثير المسألة تعقداً ، أنه لا مشكلة مطلقاً فى الالتزام بالرد للعينة فى حالة وجود المريض واللجوء إلى دعوى المسئولية العقدية عند الرجوع على المركز المسئول عن هذه الأضرار . ومما يثير المسألة تعقداً ، أنه لا مشكلة مطلقاً فى الإلتزام بالرد للعينة فى حال وجود المريض على قيد الحياة عن طلب الرد . لكن الفرض الذى يثير التعقيد هو فى حالة وفاة المريض عند طلب الرد أو أثناء مدة العقد . لقد حسم المشرع الفرنسى هذه المسألة الأخيرة فى نص المادة ٢/١٥٢ مدنى فرنسى المضافة بالقانون ٦٥٤/٩٤ . واشترط هذا النص أن يكون الزوجين اللذان يطلبان الإنجاب الصناعى على قيد الحياة . وتابع المشرع القضاء الفرنسى [(١)] ، فقد ذهبت محكمة تولوز الإبتدائية « أنه يتعين رفض رد هذه العينات بعد وفاة المريض . وذلك لارتباط هذا العقد بغرض علاجى وهو العقم لأحد الزوجين . فإذا توفى أحدهما فلم تعد هناك حاجة إلى هذه العينات ، وذلك لعدم قيام

---

(١) أنظر محكمة تولوز الابتدائية عام ١٩٩١/٣/٢٦ ، منشور فى الأسبوع القانونى ، ١٩٩٢ ص ٢٢٦ .

الغرض من الحفظ لهذا السائل البشرى وأنه يتعين على المركز عندئذ إعدام هذه العينات » .

ثانياً : التزامات المريض :

يعتبر عقد الحفظ بالنسبة للمركز عقد لازم . أما بالنسبة للمريض فهو عقد غير لازم ، أى أن المريض يستطيع انهاء هذا العقد فى الوقت الذى يحدده ، ونظير قيام المركز بهذه المهمة سالفة الذكر فأنه لا يقوم بها تبرعاً ، أو على سبيل المجاملة ، حيث أن المركز يتولى حفظ هذه العينات عن طريق الاستعانة بأطباء متخصصين وعاملين متخصصين فى هذا المجال . ومن ثم فإنه يقع على عاتق المريض التزاماً بدفع المقابل للمركز ، لأن هذا العقد ليس عقد تبرع دائماً فإنه عقد معاوضة . وفى معظم الأحيان يتم الإتفاق مقدماً بين المريض والمركز على هذا الأجر ويدفع مقدماً . ولكن قد يحدث ذلك ، أن يتم الاتفاق على جزء مقدم من الأجر وجزء آخر عند طلب الرد ، وقد يتم الدفع على أقساط ، كل هذه الاتفاقات حول مقدار الأجر وطريقة الدفع ومكانه ينظمها الاتفاق بين المريض والمركز ، ولكن فى حالة عدم وجود اتفاق ، فإنه يتعين الاستعانة بالقواعد العامة فى تحديد الأجر [١] ، فعند المنازعة يلجأ القاضى إلى الاستعانة بأجر المثل ، أو اللجوء إلى القواعد العرفية بين أصحاب

---

(١) أنظر المادة ٥٦٢ مدنى مصرى .

هذه المهن الحرة ، ويلتزم المريض أيضاً بدفع الأجر فقط ، ولكن أيضاً بكل المصروفات الإضافية التى تحملها المركز فى حالة ما إذا كان الحصول على العينات منه أو حفظها استلزم معالجة خاصة . كما لو استدعى الأمر نقل المريض عند أخذ العينة إلى معمل متخصص لسحب هذا السائل ، أو تطلب الأمر اتخاذ اجراءات كيميائية قبل تبريد هذا السائل البشرى . وخاصة إذا كانت هذه المعالجة الخاصة غير متوقعة عند الإتفاق لظروف خاصة بالمريض . وذلك كله إعمالاً للقواعد العامة التى تقضى بعدم الإقتصار على ما ورد فى العقد ولكن يمتد كذلك إلى ما هو من مستلزمات هذا العقد .

(١) أنظر المادتين ١٤٦ ، ١٤٧ مدنى مصرى .

المبحث الثانى

الإلتزامات الناشئة عن العقد بين الطبيب والمريض

أولاً : التزام الطبيب :

لما كان الهدف من عملية الإنجاب الصناعى فى حد ذاتها المعالجة الطبية لمرض العقم أو حالة عدم الإنجاب ، والطبيب بصفة عامة يهدف من تدخله إلى تقديم الخدمة العلاجية للمريض ، وذلك بقصد الشفاء من هذا الداء . وأسلفنا أن هذا العقد هو عقد علاج طبى يقاس مشرعيته بالغرض من هذا العقد ، ومن ثم يقع على عاتق الطبيب التزاماً باخطار المريض بالعلاج الذى سوف يقدم له فى حالة الإنجاب الصناعى ، ومخاطر هذا العلاج وسبب نجاح أو فشل هذا العلاج (١) ، وقبل ذلك يجب على الطبيب الحصول على الرضاء الحر المستنير من المريض وذلك بعد استيعاب ما تم طرحه عليه من معلومات عن الحالة المرضية . ويقع على كاهل الطبيب كذلك الحفاظ على سرية هذه العملية وكل ما وصل إلى علمه من معلومات حول هذه

---

(١) أنظر أنظر د/ على حسين نجيده ، التزامات الطبيب ، دار النهضة العربية ، عام ١٩٩٠ ، ص ١٨ . وللمؤلف : الإلتزام بالإفصاح فى العقود ، عام ١٩٩٩ ، ص ٢١٠ ، ويشمل نوعين من الإلتزامات : الالتزام قبل التعاقدى ، والالتزام بالتبصير د/ عبد الرشيد مأمون ، السابق ، ص ٢٧١ .

الحالة المرضية وخصوصاً إذا كانت تستدعى ضرورة تدخل الغير . فهذه الضرورة لا تستوجب الكشف عن هوية المتبرع للمتلقى [١] .

٢ - التـــزام المريــــض :

مقتضى عقد العلاج الطبى ، أن يدخل المريض فى مشروع علاج مع الطبيب ونظير هذا المشروع للعلاج فإن المريض تقع عليه التزامات مقابلة لإلتزامات الطبيب ، حيث يوصف هذا العقد بأنه عقد رضائي ملزم للجانبين . ومن ثم فإن المريض يقع على عاتقه الخضوع لأوامر الطبيب من حيث اتباع تعليمات العملية ، والمتمثلة فى مواعيد تناول الأدوية والراحة المطلوبة والتقدم إلى الطبيب فى الوقت الذى يحدده سلفاً لإجراء سحب البويضات أو الزرع أو التلقيح الصناعى وفى الأماكن المعدة لذلك .

كما يلتزم المريض أيضاً بالإفصاح للطبيب عن حالته الجسمانية وما يعتريه من أمراض وراثية . وبالأضافة إلى ما سبق فإن المريض يلتزم فى مواجهـــة الطبيب بدفع التكاليف اللازمة لإجراء هذه العملية . وفـــي غالب الأحيان يتم الاتفاق على ذلك قبل الدخول فى مشروع العلاج ، وهذه التكاليف إما أن يدفـــع جزء منها مقدماً عند

---

(١) أنظر : د/ رضا عبد الحليم ، الرسالة السابقة ، ص ٥٩٦ .

بداية مشروع العلاج ، والجزء الآخر حسبما يسفر عنه مشروع العلاج من نجاح أو فشل [١] .

---

(١) أنظر للمؤلف : الإلتزام بالإفصاح فى العقود ، عام ١٩٩٩ ، دار النهضة العربية ، ص ٨٧ - ٨٨ .

المبحث الثالث

الإلتزامات الناشئة عن عقد الأم بالإنابة

تمهيد :

يتعين البحث ابتداء لهذه الإلتزامات فى نطاق علاقتين : الأولى : علاقة الأم الحامل بالزوجين . والثانية : علاقة الوسيط والأطـــراف ، وسبب ذلك يعزى إلى تعقد العلاقات فى نطاق هذا العقد ، لأنه متعدد الأطراف .

وسوف نتولى تحديد هذه الإلتزامات علي النحو التالى :

أولاً : التزامات الأم الحامل :

نظراً لأن هذا العقد - كما سبق القول - عند بحث تكييفه القانونى استعصت أحكامه على الإنطباق على العقود المسماة مثل البيع والإيجار والوديعة . وانتهينا إلى أنه عقد غير مسمى له طبيعة خاصة . ومن ثم فإنه يتعين تحديد الإلتزامات الملقاة على كاهل هذه الأم فى مواجهة الأب البيولوجي ذلك أن جوهر هذه العملية يتثمل فى قيام علاقة عقدية بين الأب البيولوجى ، والأم الحامل ، تلتزم فيه هذه الأم بالخضوع لعملية الإنجاب الصناعى بالحمل للطفل المدة اللازمة لنموه واخراجه حياً ، ثم تتعهد هذه الأم بالتنازل عن كل حقوقها قبل هذا الطفل ثم تسليم الطفل لوالديه بعد نجاح هذه العملية ، وأثناء فترة الحمل تلتزم الأم بطاعة أمر الطبيب المعالج وتناول الغذاء الكافى

لنمو الطفل . كما تلتزم أيضاً بالإفضاء بأية معلومات عن تطور الحمل بعد إجراء العملية للأب والطبيب حتى يكون كل منهما على بينة من تطور الحمل . ويقع أيضاً على عاتق هذه الأم التزاماً ببذل عناية فى المحافظة على هذا الحمل والاهتمام به ، وذلك بقدر ما تبذله فى حملها العادى ، أى المرأة التى لا تكون شديدة الحرص ولا مسرفة فى الأهمال .

ثانياً : التزام الاب البيولوجى :

نظراً لأن هذا العقد يتسم بخاصية أنه ملزم للجانبين ، فإن الأب البيولوجى فى مواجهة الأم الحامل لا يقع على عاتقه العديد من الالتزامات والتى تنحصر فى أن الأب يثقل كاهله التزام بتقديم الذمة الجينية اللازمة للإعداد لعملية الزرع إلى الطبيب المختص وفى الموعد والمكان المحدد لذلك كما يلتزم الأب بدفع تكاليف هذه العملية شاملة أجر الطبيب ومقابل الحمل ومصاريف إجراء هذه العملية ، وأجر المركز الذى يتبعه الطبيب أن كانت قد تمت فى مركز متخصص ، ثم تعويض الأم الحامل عن كل ما يلحقها من أضرار إن حدث . كما لو حدثت مضاعفة للحمل أو توقفت الأم عن العمل ، وتقديم المعونة اللازمة أثناء الحمل من أشراف طبى وغذاء للأم الحامل حتى يتمكن الجنين من النمو والإكتمال وأيضاً يلتزم الأب بتسليم الطفل بعد ولادته حياً أو ميتاً .

ثالثاً : الإلتزامات فى علاقة الوسيط بالزوجين :

لما كانت عملية الإنجاب لصالح الغير تثير العديد من الإلتزامات التى تقع على عاتق الوسيط الذى يتولى هذه المهمة ، حيث أنها لا تتم تبرعاً من الأم الحامل . ومن ثم فإن هذه العلاقة العقدية تعرض على الوسيط . وهو المركز أو الجمعية المتخصصة لتأجير الأرحام العديد من الإلتزامات ، وتنحصر فى أن الوسيط يلتزم بالبحث عن امرأة تقبل هذا الحمل لصالح غيرها بعد تقريب وجهات النظر بين الطرفين . أى أن دور الوسيط يتشمل فى التقريب بين وجهات النظر للطرفين ودفعهما إلى إبرام هذا العقد ، وعلى الوسيط أيضاً إبراز مخاطر ومزايا هذه العلاقة العقدية . وينقضى التزام الوسيط بمجرد الاتفاق بين الأم الحامل والأب البيولوجى ، ويبذل في سبيل تحقيق هذه الالتزامات عناية الرجل الحريص ، حيث أن عمله مقابل أجر . وهذا الأجر يتم الحصول عليه من الأب الراغب فى الإنجاب عمله إما بمجرد الاتفاق على المشروع فى الحمل دفعة واحدة أو دفع مقدم عند الاتفاق والقيمة المتبقية عند إتمام الإتفاق .

الفصل الرابع

جزاء الأخلال بالعقد

تمهيد :

لا شك أن اللجوء إلي الإنجاب الصناعى يوجب بحكم هذه العلاقات إبرام بعض العقود - كما سبق القول - فيوجد العقد بين الطبيب القائم بالعلملية وبين الزوجين والعقد بين المرأة الحامل لصالح الغير والأب البيولوجى . والعقد بين مركز حفظ ودراسة السائل البشرى وبين المريض . كل هذه العقود ضرورية رغم أنها تتعارض فى أكثر من ناحية مع المبادئ القانونية المستقرة التى تجعلنا نمنع هذا النظام . ولكن القول بالمنع شئ وجزاء مخالفته شئ آخر ، فالجزاء كما يذهب البعض (١) هو وسيلة الجماعة فى فرض احترام القواعد التى تنظم سلوك الأفراد فى المجتمع . ولما كان المشرع سواء فى مصر أو فرنسا لم يتعرض لهذا الجزاء . فلا مناص من الرجوع إلى القواعد العامة للبحث عن جزاء للإخلال بهذه الإلتزامات العقدية . والجزاء المتصور فى القواعد العامة فى القانون المدنى فى هذا الصدد هو الرجوع إلى قواعد التعويض والبطلان ، ومن ثم تأتى خطة البحث فى هذا الفصل لتتناول مبحثين :

---

(١) أنظر د/ رضا عبد الحليم ، الرسالة السابقة ، ص ١٠٩ - ١١٠ .

يتناول **المبحث الأول** : جزاء الإخلال بالعقد من منظور التعويض فى العلاقة العقدية بين المركز والمريض والطبيب والطفل والزوجين .

ثم يأتي **المبحث الثانى** : جزاء الأخلال بالعقد من منظور البطلان وعدم المشروعية لهذه العلاقات العقدية فى ظل المبادئ القانونية وأخصها عدم الأضرار بالغير ، وذلك على النحو التالى .

المبحث الأول

التعويض كجزاء الإخلال بالالتزامات العقدية
في نطاق الإنجاب الصناعى
فـــى
علاقات مركز الحفظ والطبيب المعالج والزوجين والطفل

تمهيد :

لا يقصد بالتعويض فى هذا المجال التعويض كجزاء للمسئولية المدنية العقدية أو التقصرية طبقاً للقواعد العامة ، وإنما التعويض محل الدراسة والبحث هنا . يقصد به التعويض عن الإخلال بالتزامات العقدية التى تمت بين أطراف عملية الإنجاب الصناعى سواء كانت فى علاقة مركز الحفظ والمريض ، أم فى علاقة الطبيب بالزوجين ، أم بالطفل الذي جاء نتيجة هذه العملية ، ومن ثم تأتى الدراسة فى هذا المبحث منقسمة إلي مطلبين :

يتناول **المطلب الأول** : مسئولية مركز حفظ ودراسة السائل البشرى تجاه المريض والمتلقى ، ومدى إمكانية المطالبة بالتعويض كجزاء للإخلال بالإلتزام العقدي .

بينما يتناول **المطلب الثانى** : مسئوليـة الطبيب تجاه المريض والطفل ومدى المطالبة بالتعويض عن الإخلال بالإلتـــزام العقـــدى ، وذلك كما يلى : -

المطلب الأول

مسئولية مركز الحفظ ودراسة السائل البشرى

تنحصر هذه المسئولية فى مواجهة المريض والمتلقى للسائل البشرى ، وبالتالى يمكن إبراز معالم هذه المسئولية من خلال منظور التعويض كجزاء للإخلال بالإلتزام العقدى على النحو التالى : -

أولاً : مسئولية المركز تجاه المريض :

يقصد بمسئولية المركز فى هذا الصدد الإخلال بالإلتزام العقدى الذى وصف - كما سبق القول - أنه عقد حفظ للسائل البشرى [(١)] فهذه الإلتزامات مقتضاها ولا داعى للتكرار فى صورة مبسطة . يقوم مركز الحفظ بحفظ العينات المسلمة إليه فى خلال المدة الواردة بالعقد على أن يقوم بردها عيناً عند نهاية هذه المدة أو عند طلبها . وفى المقابل لذلك يدفع المريض مقابل هذه العملية ، فهو عقد ملزم للجانبين ، ويتطلب ذلك أن أى اخلال بتلك الالتزامات من جانب أى طرف فتنعقد مسئوليته العقدية تجاه الطرف الاخر . وأن ما يترتب على هذه المسئولية التعويض كجزاء لهذه المسئولية العقدية . ولكن

---

(١) أنظر : الخلاف حول هذا التكييف د/ رضا عبد الحليم ، الرسالة السابقة ، ص ١٠١ - ١٠٢ .

كيف يتحقق هذا المنظور من خلال المسئوليـــة العقدية بعناصرها الثلاثة : " الخطأ - الضرر - والسببية " ، ولما كان هذا البحث الموجز لا تتسع أحكامه لاستعراض أركان هذه المسئولية العقدية الثلاثة . من ثم فإننا نقتصر على بسط الجزاء من خلال صور الإخلال بالإلتزامات العقدية لمركز حفظ ودراسة السائل البشرى . ففى فرض أول لا يثير أية مشاكل ، حالة هلاك السائل البشرى أو البويضات المخصبة نتيجة خطأ أحد العاملين بذلك المركز ، كما لو تلفت أو هلكت هلاكاً جزئياً أو كلياً . فهنا يكون المركز مسئول تجاه المريض بموجب أحكام المسئولية العقدية وأخص جزائها التعويض . ويتشمل التعويض هنا عن الضرر الناتج عن فوات الفرصة للإنجاب .

ونرى هنا أن التعويض لا يقدر بمال مهما كان ، وخاصة إذا كان النظام القانونى الذى يخضع له المريض يرفض تدخل الغير فى عملية الإنجاب الصناعى كما هو الحال فى مصر . كما أن التشريع الإسلامى أيضاً لا يجيز التبنى ، وكل هذه مسائل تدخل فى عناصر التعويض أمام القاضى ، حيث أن القاضى هو المنوط به هذا التقدير ولا رقابة عليه من محكمة النقض فى هذا الصدد (١) . وفى فرض ثانى ، تنحصر مسئولية المركز لذلك عن اختفاء العينات المودعة لديه . وذلك بمجرد اختفائها وكذلك الحال إذا تنحصر هذه المسئولية إذا حدث

(١) أنظر : نقض مدنى ٥١ / ٦ / ١٩٩٨ ، مجلة القضاة الفصلية ، عام ١٩٩٨ ، العدد الثالث ، ص ٢٤٨ .

تلاعب فى العناصر الجنينية دون موافقة أطراف العقد حتى ولو كان بهدف علمى ، وذلك لأن الالتزام المركـــز بالحفظ هو التزام بتحقيق نتيـجـة ، وليس التـزام ببـذل عناية ، وقـد عـرض على القـضـاء الأمريكى [١] صورة لهذه المسئولية والتى تخلص فى أن زوجة رجل أمريكى لجأت إلى القضاء لمقاضاة أحد المراكز الطبيـة العـاملة فى مجال حفظ ودراسة السائل البشرى ، عن خطئه الفادح فى تسببه فى إنجاب طفلة سمراء اللون ، مع أنها وزوجـها من أصل أوربى ، الأمر الذى يترتب عليه اختلاط الأنساب ، وذلك بعد التأكد من التحاليل البيولوجية التى تم اجرائها ، وهذه الصورة الأخيرة للإخلال العقدى من جانب مركز حفظ ، تمثل أبلغ الأضرار للطفل الذى يأتى نتيجة هذا الآهمال ، ولكن يصطدم الطفل بعقبة الرجوع على هذا المركز ، فهو ليس طرفاً فى هذا العقد (عقد الحفظ) .

وتذليلاً لهذه الصعوبة التى تصادف هذا الطفل الجديد ذهب البعض إلى القول [٢] أنه من السـهل على الطفل أن يؤسس دعـواه على المسئولية التقصيرية ، فالضرر المادى والأدبى متوافر لا شك رغم استمرار زوج المرأة فى تحمل التكاليف المادية . فالضررر المعنوى قائم

---

(١) أنظر : تفاصيل وقائع هذا الحكم ، المحكمة العليا بالولايات المتحدة الأمريكية ، منشور فى جريدة الأهرام المسائى ، عام ١٩٩٠ ، ص ٢٠ .

(٢) أنظر د/ رضا عبد الحليم ، السابق ، ص ٦٥٢ .

لم يعوض بعد ، والخطأ ثابــت من قبل فى جانب المركز ، وأكدته التحاليل البيولوجية التى أجريت ، ورابطة السببية متوافرة بين الخطأ والضرر ، أى توافرت أركان هذه المسئولية التقصرية ، ولكن نفضل رجوع الطفل على المركز بموجب قواعد المسئولية العقدية برغم أن الطفل ليس طرفاً فى هذا العقد ، ولكن بموجب قاعدة الاشتراط لمصلحة الغير ، لأن هذا الحفظ بين المركز والمريض الهدف منه هو حفظ السائل البشرى بغرض الحصول على طفل [١] والذى دعانا إلى تفضيل أحكام المسئولية العقدية ، هو أن الخطأ فى مجال المسئولية التقصرية قد يكون مفترضاً . كما لو وقع الأهمال نتيجة خطأ أحد العمال التابعين للمركز ، فتكون المسئولية مؤسسة على أحكام مسئولية المتبوع عن أعمال تابعة أو مؤسسة على المسئولية المدنية على الأشياء ، فهنا يستطيع المسئول دفع هذه المسئولية والتخلص منها بأثبات السبب الأجنبى ، ويظل الطفل المضرور بلا حماية ، ويتعين - كما ذهب البعض - على المركز أن يبذل كل ما فى وسعه

---

(١) أنظر : المادة ١٠٦ مدنى مصرى « يجوز في الاشتراط لمصلحة الغير ... أن يكون شخصاً لم يعين وقت العقد ... الخ النص » وهذا يؤكد ما ذهبنا إليه فى تأسيس رجوع الطفل بموجب أحكام الاشتراط فى المسئولية العقدية . وتفصيل المسئولية العقدية لأن الإلتزام مصدره العقد ، أما المسئولية التقصرية فهى مصدرها نص القانون .... .

تجاه الطفل ومساعدته فى التعرف على أبيه الحقيقى ، ويستطيع الطفل مباشرة دعوى المسئولية العقدية عن طريق أبيه الاجتماعى ، فهو الممثل القانونى له إلى أن يتعين ثبوت نسبه البيولوجى . وهذا هو ما أمكن الوصول إليه كجزاء للإخلال بالإلتزام العقدى فى مجال الإنجاب الصناعى فى العلاقة العقدية بين المركز والمريض [١].

ثانياً : مسئولية المركز تجاه المتلقى :

لما كان المتلقى يتسلم العينة الجينية من المركز المتخصص ، وكان هذا المركز ملقى على عاتقه التزامات مشددة أخصها . وجوب فحص المتبرعين بالسائل البشرى من جميع الأمراض الوراثية ، حيث لديه المختصين فى مجال التحاليل البيولوجية وتحديد المواصفات المطلوبة فى الجينات ، حيث يحرص المتلقى على إختيار مواصفات معينة فى طفل المستقبل ، ومن هنا فإن المركز إذا لم يراع هذه الالتزامات فإنه يكون قد أخل بالالتزامات العقدية .

وذلك لأن التزامه ببذل عناية [٢] ، ويتم تقدير مسلك المركز

---

(١) أنظر : Terré , l'enfant de l'esclave , 1987 .

(٢) أنظر د/ رضا عبد الحليم ، السابق ، ص ٦٥٦ ، حيث يرى أنه : « إذا كان الإلتزام بتحقيق النتيجة على عاتق المركز ، فإن هذا يستوجب القول بوجوب تنبأ هذا المركز بكل الأمراض الجديدة التى تظهر من وقت لآخر » .

الخاطئ على ضوء هذه العناية المبذولة . وهذه مسائل موضوعية تترك لقاضى الموضوع بعيداً عن نطاق الرقابة القانونية التى تباشرها محكمة النقض ، ويقع على عاتق المتلقى عبء إثبات هذا الخطأ .

أى تقصير المركز فى إجراء الفحوص الدقيقة للوقوف على المواصفات المطلوبة لطفل المستقبل .

وهنا يحق للمتلقى طلب التعويض ، وقد يتشمل التعويض هنا فى تعويض مادى ومعنوى ، وبجانب ذلك يوجد جزاء إدارى بحت يتشمل فى سحب ترخيص هذا المركز مؤقتاً أو بصفة دائمة . وهذا أيضاً هو الجزاء على الإخلال بالالتزامات العقدية ، أى ناشئة عن عقد التلقى بين المركز والمتلقى ، وذلك من خلال منظور التعويض كجزاء فى هذا الصدد .

المطلب الثانى

مسئولية الطبيب تجاه المريض والطفل

تمهيد :

لا شك أن هذه المسئولية هى أهم مسائل الإنجاب الصناعى ، فلولا الطبيب المتخصص لن تظهر على الساحة الطبية والقانونية مشكلة الإنجاب الصناعى بصفة عامة ، ومن ثم فأننا نولى هذه المسئولية عناية فائقة للوصول من خلالها إلى تحديد إطارها فى مواجهة المريض والطفل ، والوصول إلى إعمال الجزاء المدنى لهذه المسئولية العقدية (١) . ومن ثم نعرض لإطار هذه المسئولية المدنية الطبية فى مجال الإنجاب الصناعى تجاه المريض ، ثم نعرض لها فى تجاه الطفل ، وذلك كل فى فرع مستقل كما يلى : -

---

(١) أنظر : نقض مدنى ١٩٩٠/٦/٣ ، الطعن ٢٤٨ ، السنة ٣٥ ق ١٦٦ ، منشور فى مجموعة المكتب الفنى الصادرة من محكمة النقض المصرية ، د/ محمد على عمران ، الإلتزام بضمان السلامة ، عام ١٩٩٠ ، ص ٩٣ ، د/ سهير منتصر ، المسئولية المدنية عن التجارب الطبية ، عام ١٩٩٠ ، ص ٥٧ وما بعدها .

الفرع الأول

مسئولية الطبيب في عملية الإنجاب الصناعي تجاه المريض

للوصول إلي بحث هذه المسئولية يتعين إيضاح إطار الإخلال بالعقد المتصور لهذه المسئولية ولن يتأتي ذلك إلا من الوصول إلي صور الإخلال العقدي لهذه المسئولية والذى يتضح من خلال التزامات الطبيب في العقد كما يلى :

١ - التزام الطبيب في عملية الإنجاب الصناعي بالحصول علي الرضاء الحر المستنير [١] .

انتهينا سلفا أن هذا العقد في تكييفه الصحيح هو عقد علاج طبي . ومن غير العقود المسماة ، فأخص خصائص هذا العقد أنه يقوم علي الثقة الكاملة بين المريض الضعيف والطبيب المتخصص . أي طرفين غير متكافئين . ومن ثم فإنه يتعين علي الطبيب [٢]

---

(١) أنظر د/ عبد الرشيد مأمون ، السابق ، ص ٧٩ ، د/ على حسين نجيدة ، السابق ، ص ١١٨ « حيث يرى أن هذا الإلتزام هو التزام قبل تعاقدى بينما يوجد ما يسمى بالإلتزام بالتبصير » .

(٢) أنظر د/ نزيه المهدى ، الإلتزام قبل التعاقدى بالإلاء بالبيانات ، دار النهضة العربية ، عام ١٩٩٠ ، ص ١٨ - ١٩ . وبحث للمؤلف : الإلتزام بالإفصاح فى العقود ، عام ١٩٩٩ ، دار النهضة العربية ، ص ١١٢ . د/ على حسين نجيدة ، السابق ، ص ٢٩ - ٣٠ .

الإلتزام بأعطاء فكرة واضحة ومعقولة عن عملية الإنجاب الصناعي أي علي الطبيب الإدلاء بالبيانات والمعلومات الضرورية للزوجين في كافة النواحي ، سواء من حيث المخاطر والمزايا التي تنتج عن الإنجاب الصناعي ، ثم آثار هذه العملية من حيث الصحة النفسية لطفل المستقبل . وهذا الإلتزام بالإفصاح بالمعلومات لتنوير وتبصير المريض ، يختلف تماماً عن التزامه ببذل العناية الواجبة أثناء قيامه بالعلاج . ويترتب علي الإخلال بالأولي المسئولية التقصيرية حيث أنه التزام سابق علي العقد وليس التزام عقدي ، وذلك حتي لو نجحت عملية الإنجاب الصناعي ، لأن نجاح هذه العملية ينبئ عن قيام الطبيب بتفنيذ الإلتزام العقدي الناشئ عن عملية الإنجاب الصناعي [١].

ويسأل الطبيب عن الأضرار المباشرة ، حيث يكون الضرر راجع مباشرة إلي خطأ الطبيب ، أي يجب توافر علاقة سببيه مباشرة . وبالتالي فالإخلال بهذا الإلتزام يوجب التعويض كجزاء لإنعقاد المسئولية كما سبق القول .

---

(١) أنظر :

- Y - Boyer , l'obligation de renseignement dans la formation du contrat , these d'Aix - Marsielles , 1978 - cass , civ., 77 nov., 7994 , Gaz. pal . 1995 - 319 .

٢ - التزام الطبيب باختيار النطفة أو البويضة وعملية الزرع لهما:

غالب الأحوال يحصل الطبيب علي النطفة أو البويضة الملقحة من أحد المراكز المتخصصة - كما سبق القول - ويحب علي الطبيب هنا إجراء الفحوص اللازمة للتأكد من تخصيص هذه البويضة أو النطفة للغرض الذي حفظت من أجله ، وخلوها بالتالي من الآثار السلبية علي إنتاج طفل المستقبل ، والعناية المطلوبة من الطبيب هي عناية الرجل المتبصر اليقظ والتي تتفق والأصول الطبية . فإذا أخل الطبيب بذلك حقت عليه المسئولية ، لأن الهدف من تدخل الطبيب في هذه العلاقة ، هو علاج حالة العقم وليس تحسين النسل » (١).

من خلال هذه الإلتزامات نستطيع أن نخلص إلي أن الأخلال بها يشكل الخطأ الطبي الذي يلحق أبلغ الأضرار للمريض . فإذا أخطأ الطبيب في عدم تبصير المريض وعدم الحصول منه علي رضاء حر مستنير، أو إرتكب خطأ في عدم الدقة في إجراء زرع البويضة وتلقيحها، أو تعمد خلط البذور الذكرية للأب أو الأم ، أو قام باستبدالها لزرعها في رحم أم أخري . كل ذلك يفقد المريض أمله في الإنجاب . فلم يتحقق حلم الزوجين . ولا طفل المستقبل يكون قد

---

(١) أنظر د/ محمد المرسى زهرة ، السابق ، ص ٣٥٥ .

نسب إلي أبيه الحقيقي ، فهنا تنعقد مسئولية الطبيب سواء كان عاملاً في مركز متخصص أو طبيب خاص . ويحق للمريض المطالبة بالتعويض الجابر لهذه الأضرار .

فالأمر الذي لا شك فيه أن إخلال الطبيب بتلك الإلتزامات يشكل في حقه خطأ ينشأ عن عدم تنفيذه للعقد بحسن نية[١].

(١) أنظر المادة ١٤٨ مدنى مصرى ، يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية » .

الفرع الثاني

مسئولية الطبيب تجاه الطفل

يتضح من عرض التزامات الطبيب أن يكون هناك تقصير في اختيار النطفة أو تلقيح البويضة أو يحدث استبدال للسائل البشري ، أو يكون به مرضاً وراثياً ، كل هذه الصور تكشف عن خطأ الطبيب تجاه طفل المستقبل ، وهذا الخطأ يسبب نسب هذا الطفل إلي غير والده . ولا شك أن هناك ضرر مادي متمثل في فقد الطفل والده الحقيقي الذي يتكفل برعايته وخاصة عندما يلجأ زوج الأم لإنكار نسبه . كما أن هناك ضرر أدبي يتشمل في المعاناة النفسية لهذا الطفل والتي يواجهها عند البحث عن أبيه الحقيقي .

كل هذه الأضرار توجب للطفل التعويض . ولكن يثور تساؤل . ماهو أساس المسئولية للطبيب في هذا الصدد ؟ .

ذهب البعض [١] إلي القول أنه يحق للطفل المطالبة بالتعويض علي أساس المسئولية التقصيرية لأن الطفل لا يوجد عقد بينه وبين الطبيب . ويقع عليه بحث إثبات الخطأ للطبيب والمتمثل في هذه الظروف بعدم سلوك الطبيب مسلك الرجل المعتاد ، كما يتعين عليه إثبات الضرر بنوعيه . وكذلك علاقة السببية . ولكننا نذهب مذهباً مغايراً لذلك . ونري أن المسئولية تنعقد تأسيساً علي المسئولية

---

(١) أنظر د/ رضا عبد الحليم ، السابق ، ص ٦٦٦٢ .

العقدية ، وذلك رغم عدم وجود عقد بين الطبيب والطفل تأسيساً - علي نص المادة ١٥٦ مدني مصري ، والخاصة بالإشتراط لمصلحة الغير، وذلك لأن خطأ الطبيب ناشئ عن الإلتزامات العقدية ، أي أن الإلتزام مصدره العقد وليس نص القانون - كما سبق القول - [(١)] .

وعلي أية حال فإن هذا النوع من العقود باطل بطلاناً مطلقاً لمخالفته للنظام العام في مصر ، وذلك حتي ولو وافق الزوجين علي ذلك، لأن هذا العمل غير المشروع يهدف إلي التغيير والتصرف في حالة الطفل من ناحية ونسبه علي خلاف قواعد الشريعة الإسلامية ، وبالتالي يظل الطبيب هنا مسئول عن هذا العمل غير المشروع ولا يعتد برضاء أطراف العقد ، وهنا يحق للطفل الرجوع علي هذا الطبيب الذي لا هم له إلا إجراء تجارب غير مشروعة وغير مسموح بها لا شرعاً ولا قانوناً .

فالتعويض عن الأضرار المادية والمعنوية التي عادت عليه من جراء هذا الفعل غير المشروع .

---

(١) أنظر الوضع الحالى فى فرنسا « إن قيام الطبيب بعملية التلقيح الصناعى بنطفة غير الزوج ، بعد علم وموافقة الزوجين لا يعد خطأ فى ذاته بعد اقرار المشرع لهذه الممارسات ، وبعدم حرمان الزوج من دعوى الإنكار بعد ذلك . مشار إليه فى تقرير مجلس الشيوخ عام ١٩٩٢ .

وتتأسس المسئولية هنا علي أساس المسئولية التقصيرية ، وذلك لمخالفة العمل للنظام العام ، وليس علي أساس المسئولية العقدية . فالعقد باطل . والبطلان هو والعدم سواء [١] .

---

(١) أنظر د/ محمود جمال الدين زكى ، السابق ، ص ١٥٩ ، دار النهضة العربية ، ١٩٧٩ .

د / جميل الشرقاوى ، مصادر الإلتزام عام ١٩٨٦ ص ٢١٢ .

المبحث الثاني

البطلان كجزاء للإخلال بالإلتزامات العقدية

تمهيد :

إن الخوض في بحث مسألة العقود المدنية التي تتطلبها عملية الإنجاب الصناعي . والوصول إلي تكييف صحيح لها ، فأن ذلك لا يعني بالضرورة مشروعية هذه العقود ، وبالتالي صحة الإلتزامات الناشئة عنها كأثر لهذه العقود . فهذه العقود رغم ضرورتها العملية فأنها تبدو متناقضة مع المبادئ القانونية المستقرة حول عدم جواز المساس بجسم الآدمي وعدم جواز التصرف فيه . فهي وجهان لعملة واحدة [١]. ومن ثم فأن هذه الإتفاقات التي تكون محلاً لهذه العقود تكون باطلة بكل المقاييس القانونية ، وذلك لعدم مشروعية المحل أو لعدم مشروعية السبب .

ومـن ثـم فإن خطـة الدراسة في هذا المبحث تنقسم إلي مطلبين :

---

(١) J . Rober , le droit a la vie et le commencement de la vie , éd . y . Blais . 1986 .
Malinvaud , introduction à l'étude du Droit , ed ., litec , 1986 , n° 179 .

يتناول المطلب الأول : البطلان المترتب علي التصرف في السائل البشري .

ويتناول المطلب الثاني : البطلان المترتب علي إخضاع الجسد البشري لخدمة الغير { الحمل لصالح الغير } .

وذلك علي النحو التالى :

المطلب الأول

البطلان المترتب على التصرف في السائل البشرى

١ - تأصيل البطلان :

من المعلوم سلفاً طبقاً للأحكام العامة في الإلتزامات أن البطلان هو جزاء تخلف أحد أركان انعقاد العقد . ولنا أن نتسائل عن حقيقة هذا البطلان عند التصرف في السائل هل يرجع إلى عدم مشروعية المحل . أم يعود إلي عدم مشروعية السبب ؟ .

للإجابة علي هذا التساؤل لا بد من عرض [1] مفصل حول حكم التصرف في السائل البشري .للوصول من هذا المنظور إلي حقيقة هذا البطلان ، هل يرجع البطلان إلي عدم مشروعية المحل أم يعزي إلي عدم مشروعية السبب .

---

(١) أنظر د/ على حسين نجيدة ، السابق ، ص ٣٥ - ٤٠ عرض وجهتى النظر حول جواز وعدم جواز بيع المنى البشرى والبويضات الآدمية .

وفى الفقه الفرنسى :

G. Memeteau , le prelevement a des fins therapeatiques sur le foetus de lege frenda , Gaz. Pal ., 2 , p. 327 .

- R - Savatier , le problème des transaplanation d'organes humains . J.C.P., 1989 , 2 , 223 .

٢ - حكم التصرف في السائل البشري { الذمة الجينية } :

قبل الوصول إلي حكم التصرف في هذا السائل البشري ، يتعين إبراز حقيقة هذا التصرف . هل يعتبر السائل البشرى جزءاً من جسم الإنسان . أو عضواً من أعضائه ويدخل في دائرة التعامل حتي يمكن القول بفرض المشروعية أو عدم المشروعية ؟ . في واقع الأمر أن السائل البشرى ، لا يعتبر جزء أو عضو من الجسم البشري . وإنما هو إن جاز التعبير نتاج أو ثمار لهذا الجسم . وبالتالي لا يدخل في نطاق التصرف في جزء من جسم الآدمي .

والقاعدة العامة - كما يذهب البعض (١) - إلى بطلان التصرف الوارد علي الذمة الجينية كقاعدة عامة .

وهنا نصل إلي تأصيل البطلان - كما سبق القول - هل يعود البطلان إلي عدم المشروعية المحل أم يعزي إلي عدم مشروعية السبب .

٣ - عدم مشروعية المحل :

القاعدة العامة أن عدم مشروعية المحل ، ترجع إلي أن الشئ محل التصرف خارج دائرة التعامل إما بحكم الطبيعة ، أو حسب

---

(١) أنظر د/ محمد المرسى زهرة ، السابق ، ص٤٠٤ .

الغرض الذي رصد له ، أو لأن التعامل يخالف النظام العام والآداب العامة .

وقد يبدو للوهلة الأولي أن البطلان هنا في مجال التصرف في السائل البشري يرجع إلي كونه تصرف في شئ . وجسم الإنسان لا يدخل في تقسيم الأشياء ، فالتعامل علي جسم الإنسان ، يتعارض مع النظام العام والآداب العامة . والحقيقة تأتي علي عكس هذا التصور ، وذلك لأن السائل البشرى ليس - كما سبق القول - جزء أو عضو في جسم الإنسان [١] ، وإنما هو نتاج هذا الجسم أو ثمرته التي تنفصل عنه وتتجدد ولا تنقص من هذا الجسم شئ . وبطريق اللزوم العقلي فأنها لا تأخذ حكم تصرف جسم الإنسان من حيث عدم جواز التعامل فيه . ومن هنا يمكن القول بأن التصرف في السائل البشري صحيح ولا يكون باطلاً لعدم مشروعية المحل . ولكن هذا لا يعني بالضرورة صحة التصرف . فقد يكون التصرف وارد علي محل قابل للتعامل فيه ولكن سببه غير مشروع . وهذا ما سنتولي بيانه علي النحو التالي .

---

(١) يقصد بالعضو أو الجزء فى جسم الإنسان ، كل ما يدخل فى تركيب الإنسان ، ويكون له وظيفة خاصة محددة ، مشار إليه فى :

A . Bernard , le corps humain . objet du contrat in Bio-ethique et Droit , op.cit ., p. 748 .

وأيضاً :

Dommages , les corps humain dans le commerce juri-dique , thèse , Paris , 1975 .

٤ - عدم مشروعية السبب :

ينصرف القول بالمشروعية للسبب طبقاً للغاية من التصرف في السائل البشري ، فإذا كانت الغاية من هذا التصرف سبب مشروع مثل وضع هذه الذمة الجينية تحت تصرف أحد المعاهد العلمية لإجراء تجارب علمية عليها ، فإن هذا السبب يتسم بالمشروعية ، ويكون بالتالي صحيحاً من زاوية قانونية علمية .

أما إذا تغير السبب عن هذه الغاية . وقام المعهد المذكور باستعمال هذا السائل البشري في إجراء عملية إنجاب صناعي بين زوجين لا تربطهما علاقة زوجية ، فإن الغرض من التصرف يكون باطلاً لعدم مشروعية السبب [١] . فالمحل وإن كان مشروعاً . إلا أن السبب غير مشروع لمخالفته للنظام العام في المستقبل ، ويخالف اعتبارات النظام العام . وذلك لأن هذا الطفل الذي سيولد سوف لا ينسب إلي أب أو أم ، ويؤدي ذلك بالضرورة إلي اختلاط الأنساب ، وقواعد النسب تتعلق بالنظام العام .

وحاصل القول أذن .. أن الإتفاقات التي يكون محلها استخدام هذا السائل البشري والعقود التي كانت محلها . هذه الإتفاقات باطلة لعدم مشروعية السبب .

---

(١) أنظر :

Devichi : la gestation pour le compte d'autrui , 1985 .

المطلب الثاني

البطلان المترتب علي خضوع الجسم البشري لخدمة الغير

(بطلان حكم الحمل لصالح الغير)

١ - تأصيل بطلان الحمل لصالح الغير :

للوصول إلي حكم البطلان لصالح الغير يتعين تأصيل هذا البطلان طبقاً للقواعد العامة . من خلال عدم مشروعية المحل أو عدم مشروعية السبب . فما حقيقة هذا البطلان . هل يستند إلي عدم مشروعية المحل ، أم إلي عدم مشروعية السبب ؟ . في واقع الأمر نري أن هذا البطلان يبرر بعدم مشروعية المحل والسبب كذلك .

ونعرض لهذا التحليل من خلال عدم مشروعية المحل . ثم لعدم مشروعية السبب .

أ - عدم مشروعية المحل في الحمل لصالح الغير :

الأمر الذي لا مراء فيه أن الحمل لصالح الغير هو أبلغ صورة من صور الاستثمار لجسم الآدمي . وفي ذات الوقت استغلال لطاقته لحساب غيره ، فهو وإن كان ذات غاية نبيلة هادفاً إلي غرض علاجي لمساعدة عقيم للحصول علي طفل . إلا أنه رغم نبل هذه الغاية ، فإنه لا يمكن القول بمشروعية المحل له . فالغاية لا تبرر الوسيلة وخاصة إذا

كانت هذه الغاية مخالفة للنظام العام والآداب العامة وتكمن عدم المشروعية للمحل هنا في المخاطر الشديدة التي يتعرض لها جسم الإنسان . وهذه المخاطرة ليس جسم المرأة الحامل . ولكن الطفل الذي يولد نتاج هذا النظام الحملي ، فالطفل هنا هو محور هذا النظام . وهذه المخاطر التي يتعرض لها الطفل من ظروف نفسية يولد فيها ، ورفض نفس الأم الحامل تسليمه إلي الأب البيولوجي . وقد يحدث العكس بأن يمتنع الأب صاحب المني البشري من تسلم هذا الطفل . فيتعرض الطفل لضياع نسبه . وبالتالي يصبح الطفل غير مرغوب فيه ، مثل هذه المخاطر تؤدي إلي نتائج سيئة علي المحيط الإجتماعي والقانوني والفقهي . ومن ثم فإن محل هذا النظام يكون غير مشروعاً . ويتعارض مع القاعدة العامة التي لا تجيز التعامل علي جسم الإنسان ، لما له من صيانة وحرمة خاصة [١] . ومن ثم لا يجوز المساس بتلك الحرمة إلا إذا كانت المخاطر بسيطة .

ونخلص من ذلك إلي أنه يمكن القول ببطلان الحمل في نطاق الحمل لصالح الغير لعدم مشروعية الحمل .

---

(١) أنظر :

Memeteau , le droit medical , op. cit ., n° 451 et s.

ب - عدم مشروعية السبب في الحمل لصالح الغير :

لما كان مقتضي نظام الحمل لصالح الغير أن تقوم الأم الرحمية بوضع نفسها تحت تصرف العقيم ، لإتمام إجراءات التلقيح الصناعي ، وترعي هذا الطفل . وقد تقوم هذه الأم بذلك العمل إما مقابل الحصول علي مال وهذا هو التصرف الغالب . أو تقوم به بغرض المساعدة للمرأة العقيم .. وتلتزم هذه الأم الرحمية بحمل هذا الطفل ثم تسليمه إلي ذويه بعد الولادة . فسبب هذا الإلتزام غير مشروع ، إذ الهدف من الحمل هو الحصول علي طفل ونسبه إلي غير أمه الحقيقية ، وتعديل قواعد النسب فيه مخالفة لاعتبارات النظام العام . ومن ثم يكون سبب الإلتزام باطلاً [١] .

وحاصل القول أن بطلان الحمل لصالح الغير يرجع إلي عدم مشروعية المحل والسبب معاً .

---

(١) أنظر د/ محمد المرسى زهرة ، السابق ، ص ٤١٣ - ٤١٥ .

خاتمة البحث

لقد أفرزت التقنية الطبية الحديثة ثورة إجتماعية في مجال الإنجاب الصناعي والذي أدي إلي هذه الثورة الرغبة الملحة لدي الأطباء في سبق الثورة العلمية في مجال علوم الطب .

ونظراً لهذا التطور الذي يفرض نفسه علي الواقع الإجتماعي المحلى والمستوي الدولي بصفة عامة . والداخلي بصفة خاصة في مجال الإنجاب الصناعي وترخيص مراكز طبية متخصصة لإجراء هذه العمليات . فقد بات لزاماً علي حراس القانون التدخل لمعالجة المشاكل القانونية التي فرضتها هذه الإنعكاسات الطبية . ومن هنا تم تناول هذا الموضوع من خلال منظور عقدي ، نتيجة لوجود سلسلة من الاتفاقات بين أطراف هذه العملية . وقد خصصنا لهذا البحث أربعة فصول :

تناول **الفصل الأول** : فكرة الإنجاب بصفة عامة . وتناولنا في داخل هذا الفصل الأول مبحثين :

المبحث الأول : تناول تحديد فكرة ومضمون هذا النظام العقدي الجديد .

بينما تناول المبحث الثاني : البحث في مشروعية هذا النظام .

ويأتـــي ***الفصل الثاني*** ، ويقتـصـر علي تحديد عـقـد الإنجـاب الصناعي ، الذي أفرغ فى مبحثين :

المبحث الأول : العقد بين راغبي الإنجاب ومركز حفظ السائل المنوي ومشروعية هذا العقد .

والمبـحث الثـاني : تناول العـقـد بين المريض والطبـيب ومـدي مشروعيته .

ثم يأتي ***الفصل الثالث*** : ويتناول تحديد الإلتزامات الناشئة عن عقد الإنجـــاب الصناعي ، وذلك في ثلاثة مباحث وذلك علي النحو التالي:

المبحث الأول : تناول الإلتزامات الناشئة عن العقد بين المريض ومركز حفظ ودراسة السائل المنوي .

المبحث الثاني : تناول الإلتزامات الناشئة عن العقد المبرم بين المريض والطبيب .

المبحث الثـالـــث : تحديد الإلتزامات الناشئة عن عقد الأم بالإنابة .

ثم يأتي ***الفصل الرابع والآخير*** من هذا البحث ليتناول تحديد الجزاءات المدنية وذلك في مبحثين :

يتناول المبحث الأول : التعويض كجزاء للإخلال بالإلزامات الناشئة عن الإخلال بعقد الإنجاب الصناعي .

ثم يتناول الثاني : البطلان كجزاء للإخلال بهذه الإلتزامات .

وبعد هذه الدراسة ، نستطيع أن نقترح وجود الضوابط الآتية لممارسة هذا النظام الجديد في مجال التطبيق الواقعى .

١ - أن يكون الهدف من إجراء عملية الإنجاب الصناعي هدفاً علاجياً لمساعدة العقيم فقط ، ولا عبرة بأية أغراض أخري حتي ولو كانت بغرض البحث ، وذلك قطعاً لكل شك حول هذا النظام الجديد .

٢ - أن عملية الإنجاب الصناعي لا يمكن أن تتم إلا بين أزواج . ولا يتصور في كل الأحوال إلا أن يكون هذا النظام في نطاق علاقة الزوجية وأثناء قيامها وفي حياة الزوج .

٣ - يحظر تعميم أو إباحة ما يسمي بأيجار الأرحام . وهو حالة الحمل لصالح الغير عدا حالة طفل الأنابيب ، لأن النظام الأخير تلقح فيه الزوجة بمني زوجها ثم تخصب في أنبوب ويعاد إلي رحم الزوجة لإكتمال الحمل .

٤ - أن يكون التلقيح الصناعي ناشئاً عن تراضي تام وكامل بين الزوجين ، ويجب علي الطبيب المعالج تبصير الزوجين بمخاطر هذه العملية ومدي نجاحها قبل إجراء تلك العملية . وإلا كان مخلاً

بالإلتزامات التي يفرضها عليه عقد العلاج الطبي وليس معني الإعتراف بهذه العقود شرعية نظام الإنجاب الصناعي دون قيود .

٥ - لا يجوز التبرع أو بيع السائل البشري تحت أى مسمي وذلك منعاً للتعرض لمشكلة اختلاط الأنساب ومنافاة ذلك للأخلاق الإسلامية .

٦ - يجب التشدد في منح تراخيص المراكز المتخصصة في إجراء هذه العملية واشتراط مؤهلات علمية إضافية للمؤهل الطبي في مجال الإنجاب الصناعي . ومنح نقابات الأطباء سلطة الضبط القضائي لمراقبة هذه الأنشطة .

٧ - تشديد مسئولية الأطباء المتخصصين عند مخالفة قواعد وشروط العقد الطبي مع المريض في حالة الإنجاب الصناعي . وجعل هذه المسئولية تقصيرية بتبني المشرع بالنص عليها قانوناً . حيث تنعدم المراكز العقدية في هذا المجال لأن المريض لا حول له ولا قوة . أما الطبيب فهو مهني محترف . بل وعالم في مجال التخصص . فالتكافوء العقدى غير موجود .

هذا هو ما أمكن الوصول اليه من خلال هذا البحث . راجياً من الله عز وجل أن يتقبل منا . راجياً في أن يكون هذا البحث قد أوفي بالغرض من دراسته . واضعاً هذا المجهود المتواضع أمام القارئ من

رجال القانون وغيرهم . ملتمساً منهم غفران ما يكون قد غم فيه الأمر علينا . فالكمال لله وحده سبحانه وتعالي .

تم بحمد الله وشكره ،،،

دكتور
سعيد سعد عبد السلام

المراجـــــع

المراجع والأبحاث باللغة العربية :

(١) د/ أحمد الغندور : الأحوال الشخصية في التشريع الإسلامي ١٩٨٥ ، نشر مكتبة الفلاح .

(٢) د/ أحمد شرف الدين : الأحكام الشرعية للأعمال الطبية عام ١٩٨٧ ، دار النهضة العربية .

(٣) د/ بدران أبو العينين : حقوق الأولاد في الشريعة الإسلامية والقانون عام ١٩٨١ ، نشر مؤسسة شباب الجامعة ، الأخصاب الطبي المساعد (نظرة إسلامية) ١٩٩١ ، طبعة الأزهر الشريف .

(٤) د/ جمال أبو السرور : الإخصاب الطبي المساعد (نظرة إسلامية) ١٩٩١ ، طبعة الأزهر الشريف .

(٥) د/ جميل الشرقاوي : مصادر الإلتزام ، ١٩٨٦ .

(٦) د/ حسام الأهواني : المشكلات العملية التي تثيرها عمليات زرع الأعضاء ١٩٨٠ ، نشر المجمع الفقهي بالمملكة العربية السعودية .

(٧) د/ حسام عيسي : العقود التجارية عام ١٩٨٩ .

(٨) د/ حسنى المصري : العقود التجارية والإفلاس هام ١٩٨٨ .

(٩) د/ حمدي عبد الرحمن أحمد : معصومية الجسد عام ١٩٩٠ ، دار النهضة العربية .

(١٠) د/ رضا عبد الحليم عبد المجيد : النظام القانوني للإنجاب الصناعي ، دار النهضة العربية ، ١٩٩٦ .

(١١) د. سليمان مرقص : شرح أحكام عقد الإيجار ، ١٩٩٦ ، الطبعة السادسة .

(١٢) د/ سهير منتصر : التلقيح الصناعي حال حياة الزوج وبعد وفاته عام ١٩٩٢ ، نشر مكتبة النصر بالزقازيق .

(١٣) د/ شوفي عبده : الفكر الإسلامي والقضايا المعاصرة ، ١٩٩١، نشر مجلة الأزهر الشريف .

(١٤) د/ صبحي حسب النبي : نشأة الخلية ، بدون سنة نشر .

(١٥) د/ عبد الرزاق السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني ، طبعة نادي القضاة المصري عام ١٩٨٩ .

(١٦) د/ عبد الرشيد مأمون : عقد العلاج الطبي ، ١٩٨٦ ، دار النهضة العربية .

(١٧) د/ عبد العزيز الخياط : حكم العقم في الإسلام عام ١٩٨١ ، نشر مجلة الأزهر الشريف .

(١٨) د/ علي حسين نجيده : صور التقدم الطبي وانعكاساته القانونية (التلقيح الصناعي وتغيير الجنس) ، لجنة الطباعة والنشر - كلية الحقوق - جامعة القاهرة ، ١٩٩١ .

(١٩) د/ علي يونس : العقود التجارية ، ١٩٨٧ ، دار الفكر العربي .

(٢٠) د/ ماهر أحمد الصوفي : الاستنساخ البشري بين الحقيقة والوهم عام ١٩٩٧ .

(٢١) د/ محمد البار : طفل الأنبوب والتلقيح الصناعي ، ١٩٩٠، الدار السعودية للنشر .

(٢٢) د/ محمد المرسي زهرة : الإنجاب الصناعي (أحكامه القانونية وحدوده) نشر فى دار النهضة العربية عام ١٩٩٠ .

(٢٣) د/ محمد سيد طنطاوي : مسئولية الأطباء لبعض الممارسات الطبية ١٩٩٨ ، نشر مكتبة الكويت للعلوم الطبية .

(٢٤) د/ محمد سلام مدكور : الجنين والأحكام المتعلقة به في الفقه الإسلامي ، ١٩٦٩ ، دار النهضة العربية .

(٢٥) د/ محمد عزيز فكري : علم الخلية ، الشركة العربية للطباعة والنشر ١٩٩٦ .

(٢٦) د/ محمد علي عمران : عقد الإيجار عام ١٩٨٧ .

(٢٧) د/ محمد لبيب شنب ، عقد المقاولة ١٩٨٩ .

(٢٨) د/ محمود جمال الدين زكي : مصادر الإلتزام ، ١٩٧٧ ، دار النهضة العربية .

(٢٩) د/ محمود شتلتوت : الفتاوي عام ١٩٥٩ ، نشرة الإدارة العامة للثقافة – جامعة الأزهر .

(٣٠) د/ مصطفي الزرقا : التلقيح الصناعي وأطفال الأنابيب عام ١٩٨٠ ، نشر المجمع الفقهي بالمملكة العربية السعودية .

(٣١) د/ نزيه المهدي : الإلتزام قبل التعاقدي بالإدلاء بالبيانات ١٩٩٠ ، دار النهضة العربية .

(٣٢) د/ نبيلة رسلان : عقد المقاولـــة ، ١٩٩٠ .

(٣٣) د. يوسف القرضاوي : الحلال والحرام ، ١٩٨٠ ، نشر مكتبة عبد الله وهبة

المجلات العلمية والمجموعات الفقهية والمؤتمرات :

١ - مجلة الأزهر الشريف ، العدد العاشر ، ١٩٩١ .

٢ - مجلة القضاة الفصلية ، العدد الثالث . ١٩٩٨ .

٣ - مجموعة أحكام النقض ، إصدار المكتب الفني لمحكمة النقض ، السنة ٣٥ ، ١٩٩٦ .

٤ - ندوة أطباء مصر عام ١٩٩١ .

٥ - مجلة الفكر الإسلامي المعاصر عام ١٩٩٢ .

٦ - فتاوي دار الإفتاء المصرية عام ١٩٩١ .

٧ - المؤتمر العلمي الدولي بالمملكة العربية السعودية ١٩٩٨ .

(٨) المجلة الطبية المعاصرة ، ١٩٨٥ .

(٩) ندوة كلية الحقوق جامعة الأسكندرية ، عام ١٩٨٥ .

ثانيا: مراجع عامة ومتخصصة باللغة الفرنسية:

(1) Boyer : L'obligation de renseignement dans la formation du contrat, 1984.

(2) Bernard Stall : Les problemes juridique posès par la pratique de l'insemination artificelle et de soulation 1996.

(3) Dommages : le corps humaine dans le commerce judique, 1975.

(4) Guy - Roymond : la procreation artificielle et le droit francais.

(5) Labbee - X : L'insemination artificielle pratiquee après la most du donner 1990.

(6) Memeteau : le droit medical, 4, jurisprudence francais, 1985.

(7) Malinvaud : Introduction a l'etude du droit, 1989.

(8) Robert : Le droit à la vie et le commencement de la vie, 1992.

(9)SAVTIER :

- L'insemination pratique après la most du donner, 1986.

- L'inseminution artificielle devant le droit postiv-ie francais , centre d' etudes lanner , 1992 .

- Le problème des transplanation d'organes humains , 1989 .

(10) Terre : L'enfant de l;esclave , 1987 .

الدوريات والتعليقات القانونية والطبية :

- C . A de bordeaux . 6 ch - 22 avril 1992 .

- Gaz - Pal 1992 - p. 2 .

- Les paraudoxes " de realisme biologique en matiere de filiation " J.C.P. 1984 .

- note , cass civ : 1989 - J . C . P. 11 .

- note sous le T.G.I . de toulouse 1987 .

- Gazette Medical de Francais , 1982 .

- Les centres de conservation du sperime et l'insemenation Artificielle 1991 .

الفهرس

مسلسل	الموضـــــوع	الصفحة